Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich

Herausgegeben von
DAVID KÄSTLE-LAMPARTER,
NILS JANSEN und
REINHARD ZIMMERMANN

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht
133*

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

133



Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich

Herausgegeben von

David Kästle-Lamparter, Nils Jansen
und Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck

David Kästle-Lamparter ist Akademischer Rat a. Z. am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster.
orcid.org/0000-0002-1437-1932

Nils Jansen ist Direktor am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster.
orcid.org/0000-0002-3334-7786

Reinhard Zimmermann ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Professor an der Bucerius Law School, Hamburg.
orcid.org/0000-0003-0348-7929

ISBN 978-3-16-158338-4 / eISBN 978-3-16-158339-1
DOI 10.1628/978-3-16-158339-1

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Mit diesem Band wird eine neue Perspektive für die Reflexion juristischer Kommentarliteratur eröffnet. Die früheren Forschungen über die „Welt der Kommentare" (2016) und über „Kommentare in Recht und Religion" (2014) werden so um einen international vergleichenden Blickwinkel ergänzt. Dazu analysieren in diesem Band 17 Kolleginnen und Kollegen jeweils eine nationale bzw. transnationale Rechtsordnung und berichten, inwieweit dort juristische Kommentare existieren und durch welche spezifischen Bedingungen und Eigenheiten sie geprägt sind. Die meisten Beitragenden haben erste Erkenntnisse im März 2019 auf einer in Münster veranstalteten Tagung persönlich vorgestellt (über die Tagung berichten *Jonathan Friedrichs*, ZEuP 28 (2020), 231–234, und *Simon Kleuters*, erscheint in JZ 2020). Im rechtsvergleichenden Gespräch konnten Fragestellungen, Beobachtungen und Deutungsmuster weiter geschärft werden. Allen Beteiligten möchten wir daher herzlich für ihre Offenheit und konstruktive Diskussion danken.

Den Anstoß zu diesem Projekt gab die Verleihung des Ernst-Rabel-Preises 2014 an David Kästle-Lamparter; daher sei der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auch an dieser Stelle herzlich gedankt. Unser Dank gilt weiter der Fritz-Thyssen-Stiftung, die die Tagung großzügig gefördert hat, dem Münsteraner Exzellenzcluster „Religion und Politik" für organisatorische Unterstützung sowie allen Mitarbeitern und Hilfskräften, die mit zuverlässigem Einsatz zur Durchführung der Tagung und zur redaktionellen Bearbeitung des Tagungsbandes beigetragen haben: Farina Clemens, Adrian Grimpe, Arian Hackmann, Dr. Lukas Kämper, Henrik Köster, Amon Krükel, Viviana Kutz, Selin Özgüc, Clara Paul, Sarah Popp, Jana Schaumburg, Christian Schmidt und Lisa Simonis in Münster sowie Angelika Okotokro in Hamburg. Schließlich danken wir Herrn Dr. Christian Eckl und Frau Janina Jentz für die hervorragende redaktionelle Betreuung im Rahmen der Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht und dem Verlag Mohr Siebeck, namentlich Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, für die, wie immer, ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit.

Münster/Hamburg, im Juni 2020

David Kästle-Lamparter
Nils Jansen
Reinhard Zimmermann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz, Absätze
Abt.	Abteilung
AC	Law Reports, Appeal Cases (England und Wales)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALI	American Law Institute (USA)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Art.	Artikel, Article
Aufl.	Auflage
BCE	before the Common Era
Bd., Bde.	Band, Bände
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
c.	chapter (Zitierweise von Gesetzen im Vereinigten Königreich)
CA	Companies Act (Vereinigtes Königreich)
Cal.	California
CC	Constitutional Court (Südafrika)
CE	Common Era
CECL	N. Jansen/R. Zimmermann (Hg.), Commentaries on European Contract Laws, 2018
CESL	Common European Sales Law
ch.	chapter
Ch.	Chancery Law Reports (England und Wales)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CLOSA	S. Woolman/M. Bishop (Hg.), Constitutional Law of South Africa, 2. Aufl., 2006
Con LR	Construction Law Reports (Vereinigtes Königreich)
CRA	Consumer Rights Act (Vereinigtes Königreich)
D.	Digesta Iustiniani
DCFR	Draft Common Frame of Reference

ders., dens., dies.	derselbe, denselben, dieselbe(n)
ed., eds.	editor(s)
edn.	edition
et al.	et alii (aliae)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ER	English Reports (England und Wales)
EU	Europäische Union
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung (EU)
EWCA (Civ)	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Ex	Exchequer Reports (England und Wales)
f., ff.	folgende
FTLR	Financial Times Law Reports (Vereinigtes Königreich)
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Halbbd.	Halbband
Hg.,	Herausgeber(-in, -innen)
hg. v.	herausgegeben von
HGB	Handelsgesetzbuch
HWBEuP	J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
i.O.	im Original
IPR	Internationales Privatrecht
Jh.	Jahrhundert
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht (Berlin)
lit.	littera (Buchstabe)
LJ	Law Journal
LJ, LJJ	Lady (or Lord) Justice(s) of Appeal
loc. cit.	loco citato (am angegebenen Ort)
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Review

MGH	Monumenta Germaniae Historica
m.N., m.w.N.	mit (weiteren) Nachweisen
MR	Master of the Rolls
n.	note(s)
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (USA)
o.A.	ohne Autor
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OG	Obligationengesetzbuch von 1933 (Polen)
OGH	Oberster Gerichtshof (Japan, Österreich, Polen)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
p., pp.	page(s)
P.2d	Pacific Reporter, Second Series (USA)
para, paras	paragraph(s)
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
QB	Law Reports, Queen's Bench (England und Wales)
QC	Queen's Counsel
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rep	Report
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile (Italien)
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni (Italien)
Rs.	Rechtssache
s., ss.	section(s) (bei englischen Gesetzen)
S.	Seite
SA	South African Law Reports
SCC	Supreme Court of Canada
SE	Societas Europaea
sent.	sentence
SoGA	Sale of Goods Act (Vereinigtes Königreich)
Sp.	Spalte(n)
StGB	Strafgesetzbuch
Suppl.	Supplement
s.v.	sub voce
Teilbd.	Teilband
u.a.	unter anderem
ULA	Uniform Laws Annotated (USA)
ULC	Uniform Law Commission (USA)
UN	United Nations

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
USC, USCA	United States Code (Annotated)
VC	Vice-Chancellor
VO	Verordnung
vol., vols.	volume(s)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (Polen, Russland, Schweiz)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG (germ.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG (rom.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung

Kommentarkulturen?

Einführung und historische Einordnung

David Kästle-Lamparter

In Deutschland bildet der Kommentar eine besonders prominente Gattung der juristischen Literatur. Er gilt als paradigmatische Ausdrucksform einer eng mit der Rechtspraxis verzahnten Wissenschaft, als „gemeinsamer Kommunikationsraum", in dem die dogmatische Bearbeitung des Rechts durch Wissenschaft und Praxis ihren medialen Ort findet.[1] Aus rechtsvergleichender Perspektive wird der juristische Kommentar deshalb als typisch deutsches Publikationsformat wahrgenommen.[2] Dies bedeutet natürlich nicht, dass sich die Verbreitung von Kommentaren auf Deutschland oder die deutschsprachigen Rechtsordnungen beschränkt, wie bereits ein Blick in die Geschichte lehrt.[3] Doch gibt es bislang keinen gesicherten Forschungsstand darüber, welche Verbreitung und Bedeutung Kommentaren in anderen nationalen und transnationalen Rechtsordnungen tatsächlich zukommt. Wenn in diesem Band also aus international vergleichendem Blickwinkel nach dem Stellenwert von Kommentaren und funktional äquivalenten Literaturformen gefragt wird, betritt man ein weitgehend unerforschtes Terrain. Allein für das Format juristischer

---

[1] Vgl. *M. Jestaedt,* Wissenschaft im Recht: Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1–12, 6; ähnlich *A. Funke,* Der blinde Fleck des Kommentars, in: ders./K. Lachmayer (Hg.), Formate der Rechtswissenschaft, 2017, 61–75, 66 f. Weitere Nachweise bei *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 302.

[2] So etwa auch *R. Michaels,* Kommentare zum transnationalen Privatrecht: Grenzen der Entnationalisierung eines nationalen Modells, in diesem Band, 395–416, 395.

[3] Überblick über die Geschichte der juristischen Kommentarliteratur bei *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 19–104.

Zeitschriften in Europa präsentiert der Sammelband von *Stolleis* und *Simon*[4] einen ersten Erkenntnisstand; für Kommentare fehlen indes vergleichbare Forschungen.[5] Diese Lücke sollen die hier veröffentlichten Beiträge schließen.

Damit werden einerseits die bereits vorliegenden historisch und interdisziplinär vergleichenden Forschungen zu juristischen Kommentaren[6] in einer horizontal rechtsvergleichenden Dimension vertieft und ergänzt. Andererseits versteht sich der Band als Baustein zur vergleichenden Erforschung der Rechtskulturen in Europa und weltweit, was in der Rechtswissenschaft seit längerem als „großes Desiderat"[7] für künftige Forschungsvorhaben gilt.

I. Kommentarkultur in Deutschland

Den Ausgangspunkt für die rechtsvergleichenden Untersuchungen in diesem Band bildet damit zum einen die etablierte Publikationskultur juristischer Kommentare in Deutschland, zum anderen die historische Erkenntnis, dass der Kommentar, jedenfalls in der europäischen Rechtsgeschichte, seit jeher zu den charakteristischen und prägenden Formaten einer hermeneutisch orientierten Jurisprudenz gehört (dazu unten II.).

Für deutsche Zivilrechtswissenschaftler – und das Bürgerliche Recht mag insoweit als *pars pro toto* gelten – hat es mittlerweile Seltenheitswert, nicht an der Bearbeitung eines Gesetzeskommentars beteiligt zu sein, so ubiquitär sind Kommentare, so verbreitet ist es auch unter Professoren, an ihnen mitzuschreiben, vom Jauernig über den Münchener Kommentar bis zum mittlerweile über hundertbändigen Staudinger oder zum Beck-Online-Großkommentar.[8] Im 21. Jahrhundert gibt es also in Deutschland nicht nur eine große Ar-

---

[4] *M. Stolleis/T. Simon* (Hg.), Juristische Zeitschriften in Europa, 2006.

[5] Vgl. *M. Vec,* Rezension: Kästle-Lamparter, Welt der Kommentare (Fn. 1), Der Staat 58 (2019), 668–670, 669, der als Desiderat benennt, „Genaueres über juristische Kommentarkultur in anderen Ländern" zu erfahren. Ähnlich *A. Funke,* Formate der Rechtswissenschaft – eine Nachlese, in: ders./Lachmayer, Formate der Rechtswissenschaft (Fn. 1), 275–287, 282 f. Einen begrenzten Vergleich unternimmt *B. Tuschak,* Die herrschende Meinung als Indikator europäischer Rechtskultur, 2009; dort wird die deutsche Kommentarliteratur mit englischen Enzyklopädien und *textbooks* verglichen (zusammenfassend S. 366–368).

[6] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1); *D. Kästle/N. Jansen* (Hg.), Kommentare in Recht und Religion. In Zusammenarbeit mit R. Achenbach und G. Essen, 2014.

[7] *M. Stolleis/T. Simon,* Juristische Zeitschriften in Europa, in: dies., Juristische Zeitschriften (Fn. 4), 1–13, 13.

[8] *R. Stürner* (Hg.), Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl., 2018; *F.J. Säcker et al.* (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13 Bde., 8. Aufl., 2018–2020; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Staudinger, BGB), Neubearb. 2001–2020 (bandweise aktualisiert); *B. Gsell et al.* (Hg.), beck-online.Großkommentar Zivilrecht (vierteljährlich aktualisiert). Nicht unterschlagen werden soll hier der „Palandt", der aber ganz überwiegend von Rich-

tenvielfalt von juristischen Kommentaren – vom kleinen „Erläuterungsbuch“ über den mittelgroßen Praxiskommentar bis zum quasi-monographischen Großkommentar –, sondern auch eine immense Quantität: Die großen Kodifikationen werden ebenso kommentiert wie kleine Spezialgesetze, und häufig ähneln sich die Kommentare in ihrem Format und Zuschnitt.[9] Ob die Konzentration an Kommentaren im juristischen Publikationswesen bald ihren Sättigungspunkt erreicht hat?[10]

Nun ist die Konjunktur der Kommentare kein Phänomen nur der Gegenwart, eher ein Punkt im Fluss der Entwicklung der historisch gewachsenen Kommentarkultur in Deutschland. Im Bürgerlichen Recht hat sich diese Tradition zu einem erheblichen Maß bereits im Kontext der Kodifikation des BGB (1896) herausgebildet. Im intensiven literarischen Diskurs über das neue Gesetzbuch lag die Geburtsstunde für eine große Zahl an Kommentarwerken – zeitgenössische Beobachter sprachen, nicht ohne Ironie, von einem „unerschöpflichen Segen“.[11] Einige von diesen Kommentaren sind auf Jahrzehnte hinaus zu *books of authority* geworden (wie der „Planck“), sind es teilweise bis heute (wie der „Staudinger“).[12]

Dabei verlief die Entwicklung im 20. Jahrhundert keineswegs linear: Heute typische Merkmale wie die systematische Binnenstruktur der einzelnen Kommentierungen etablierten sich erst im Laufe der Zeit als Standard; auch änderte sich der Stellenwert der Kommentare mit dem schwindenden Einfluss großer Lehr- und Handbücher.[13] Gerade die Kombination von Normorientierung und systematischer Aufbereitung im Genre des Kommentars bildet eine wesentliche Grundlage für das Erfolgsmodell deutscher Kommentare bis zur Gegenwart. Auf diese Weise wird der normative Leittext des Gesetzes mit Rechtsprechung und wissenschaftlicher Literatur verknüpft. Aus der Perspektive des Rechtsanwenders übernehmen Kommentare in Deutschland damit die

---

tern (und anderen Praktikern) verfasst wird: *G. Brudermüller et al.,* Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., 2020.

[9] Vgl. *R. Zimmermann,* Juristische Bücher des Jahres: Eine Leseempfehlung, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 3557–3563, 3557: „Es gibt nichts, was es nicht gibt. Vor allem aber gibt es alles mehrfach.“

[10] In der Wissenschaft ist die Frage nach dem Mehrwert weiterer Kommentare längst gestellt; vgl. etwa die Stellungnahme des *Wissenschaftsrats:* Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12, 2012, 68, online: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.html>; dazu auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 2, 341 ff. m.w.N.

[11] *[J.] Weil,* Die litterarische Sintflut, Deutsche Juristen-Zeitung 1 (1896), 276–277, 276.

[12] Zu diesen beiden frühen Großkommentaren siehe *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 246–255.

[13] Vgl. *N. Jansen,* Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs: Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in diesem Band, 25–44; dort auch zu den Kommentaren von Planck und Staudinger (29 ff.).

wichtige Funktion, das vorhandene juristische Wissen zu einer Norm bzw. einem Rechtsproblem kompakt zu filtern und systematisch geordnet zu dokumentieren. Der Rechtsanwender kann sich so über den rechtlichen Status quo informieren.

Zur gegenwärtigen Bedeutung der deutschen Kommentarliteratur gehört auch die Beobachtung, dass Gesetzeskommentare deutscher Prägung zunehmend Modell stehen für andere Rechtsordnungen: für Kommentare zum nationalen Recht in anderen Ländern, für deutsche Kommentare zum ausländischen Recht und insbesondere für Kommentare zu Rechtstexten des europäischen und transnationalen Rechts einschließlich der Modellregeln und Normen des „soft law". Der Kommentar ist also weder ein rein deutsches Phänomen noch ist mit „Kommentar" nur der Gesetzeskommentar des Kodifikationszeitalters gemeint – beides ist in historischer Perspektive eigentlich eine Selbstverständlichkeit.

Der moderne deutsche Gesetzeskommentar bildet für die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme also keinen definitorischen Maßstab, sondern lediglich einen augenfälligen Vergleichspunkt, der es erleichtert, die Beobachtungen aus anderen Rechtssystemen einzuordnen. Für die Betrachtung der jeweiligen Publikationskultur soll in diesem Band vielmehr, wie in vorangegangenen Untersuchungen, ein formaler Kommentarbegriff zugrunde gelegt werden: Demnach verstehen wir unter einem Kommentar einen Text, der sich strukturell an einen anderen Text (Referenztext) anlehnt und diesen fortlaufend erläutert.[14] Referenzobjekt eines juristischen Kommentars ist nach dieser Definition also nicht ein Rechtsgebiet an sich, sondern stets ein konkreter Rechtstext: das BGB, der *Code civil,* das *Corpus iuris civilis,* eine europäische Richtlinie, das UN-Kaufrecht und so weiter.[15]

Dabei geht es uns nicht um eine trennscharfe Abgrenzung,[16] sondern darum, eine gemeinsame Sprache für die Einordnung der vielgestaltigen Phänomene der juristischen Literatur zu finden. Im Rahmen der jeweiligen Länderberichte (bzw. der Berichte über transnationale Rechtsordnungen) war es

---

[14] Vgl. bereits *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 9; *D. Kästle,* Juristische Kommentare – theologische Kommentare: Von der Farbe des Chamäleons, in: ders./N. Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 6), 393–450, 396.

[15] Ein Gegenbeispiel bilden *W. Blackstones* Commentaries on the Laws of England (Oxford, 1765–1769), die sich nicht auf einen bestimmten Referenztext beziehen, sondern das damals geltende Recht in der Vielfalt seiner Rechtsquellen aufzeichnen. Siehe dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 10; und in diesem Band *S. Enchelmaier,* Juristische Kommentare in England: False Friends – or Mates?, 227–276, 228–230; *H. Dedek,* Der Zugang zu kolonialem Recht: Rechtsliteratur und Kommentare in Kanada, 295–316, 300; *R. Zimmermann,* Privatrechtliche Kommentare im internationalen Vergleich: Verbreitung, Varianz, Verwandtschaft, 441–518, 478 f.

[16] Siehe zur Schwierigkeit einer solchen bereits *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 9–12.

uns gerade ein besonderes Anliegen, dass die Analyse nicht an einer formalen Grenze haltmacht, sondern auch verwandte Phänomene der Rechtsliteratur berücksichtigt und die entsprechenden Befunde mit Blick auf die Gesamtheit der juristischen Literaturformen einordnet. So gilt es insbesondere zu fragen, ob dort, wo Kommentare fehlen oder nicht verbreitet sind, andere Formate wie Lehrbücher, Handbücher, Rechtsprechungssammlungen oder auch juristische Datenbanken (partielle) Funktionsäquivalente zu den deutschen Kommentaren bilden – oder ob vielleicht die entsprechenden Funktionen aufgrund einer anders gelagerten Diskursstruktur als solche im Rechtssystem keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.

II. Kommentare in der europäischen Rechtsgeschichte

Die rechtsvergleichende Untersuchung der Kommentarliteratur erscheint auch deshalb besonders reizvoll, weil mit den Kommentaren des *Ius commune* schon lange vor der Entstehung des modernen Gesetzeskommentars eine gemeineuropäische Kommentarkultur existierte, die den Nährboden für die spätere Entwicklung des Rechts in den einzelnen Nationalstaaten bereitet hat. Spätestens seit der mittelalterlichen Legistik und Kanonistik wurden Kommentare zu einem prägenden Format juristischen Arbeitens in Europa.

1. Vom Mittelalter zur Neuzeit

Im Mittelalter hat sich die Wissenschaft vom gelehrten Recht als eine exegetische Textwissenschaft konstituiert, die das Recht maßgeblich in der Form juristischer Kommentierungen und verwandter Textformen betrieben hat. Im Zentrum der scholastischen Wissenschaft der Glossatoren und Kommentatoren stand die Erläuterung eines in autoritativen Texten vorgegebenen Sinns; insbesondere die Texte des römischen Rechts konnten dabei als *ratio scripta* und deshalb als universal anschlussfähig gelten.[17] Die Prägekraft des Kommentargenres zeigt sich bereits in der Benennung der Juristen dieser Epoche als „Glossatoren“ bzw. „Kommentatoren“. Ausgehend von einzelnen Glossen, die in die Handschriften des *Corpus iuris civilis* eingetragen wurden, verdichtete sich die Kommentierung, insbesondere in der Rechtsschule von Bologna, zur Form des Glossenapparats, der in der *Glossa ordinaria* des *Accursius* in der Mitte des 13. Jahrhunderts sein bekanntestes Exemplar fand.[18] Insbesondere in diesem Werk, aber auch in den *glossae ordinariae* zu anderen Rechtstexten zeigt sich eine charakteristische Verfestigung der Auto-

---

[17] Zum Ganzen siehe m.w.N. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 105–208.

[18] Instruktiv *S. Lohsse,* Accursius und die „Glosse“ – Eine Bestandsaufnahme zum 750. Todestag, ZEuP 19 (2011), 366–391.

rität: Die Glosse wird zum Standardkommentar, der regelmäßig mit dem Text überliefert wird und dem in der Rechtspraxis teilweise gesetzesgleiche Wirkung zukommt.[19] Mit Recht hat man darin die Wurzel jener Vorstellung erblickt, „still characteristic of the continental civil law, that authoritative academic comment on a legal text is itself an authentic source of law".[20]

Neben dieser Standardisierung führt die Glossenliteratur aber auch besonders deutlich vor Augen, wie Kommentare dazu beitragen können, dass bestimmte Texte zu grundlegenden Referenztexten innerhalb einer Rechtstradition werden: Die Kommentierung rückt den in Bezug genommenen Primärtext ins Zentrum des Diskurses – bei der Glossierung durch das Seitenlayout besonders augenfällig – und stabilisiert damit dessen Autorität. Gerade in der Kommentierung zeitgenössischer bzw. erst kürzlich entstandener Texte wie des *Decretum Gratiani* oder des Sachsenspiegels zeigt sich die Bedeutung von Kommentaren für die Festigung der normativen Grundlagen und damit auch der diskursiven Strukturen einer Rechtsordnung.[21] Sichtbar wird die stabilisierende Wirkung von Kommentaren auch bei der Integration neuer Texte (etwa des mittelalterlichen Feudalrechts) in den Kanon der römisch-kanonistischen Rechtscorpora: Hier bildete eine autoritätsstiftende Glossierung offenbar die Voraussetzung dafür, dass ein solcher Text den Rang eines normativen Standardtextes erhalten konnte.[22]

Neben den zentralen Quellen des antiken römischen und des kirchlichen Rechts sind seit dem Mittelalter auch zahlreiche andere Rechtstexte im gelehrten Stil glossiert bzw. kommentiert worden. Schließlich konnte das in Bologna und andernorts entwickelte methodische Instrumentarium auch auf einheimische Gesetze und Rechtsaufzeichnungen angewandt werden.[23] So kommentierte man in Sizilien bzw. Neapel die Konstitutionen des Stauferkönigs Friedrich II.,[24] in Kastilien das Gesetzbuch der *Siete Partidas*[25] und in Deutschland

---

[19] Näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 176–179, 207.

[20] *P. Stein,* Roman Law in European History, 1999, 49. Zur (informellen) Autorität von Kommentaren siehe weiter *N. Jansen,* The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010, 89 f., 113–126; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 332–336.

[21] Näher *N. Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 20), 22, 25–27, 120 f.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 185 f., 188 f., 196 f.

[22] *S. Lepsius,* Fließende Grenzen juristischer Kommentierungstätigkeit im Spätmittelalter: Glosse – Kommentar – Repetitio, in: Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 6), 141–186, 162 ff.

[23] Überblick bei *N. Horn,* Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts, in: H. Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. I, 1973, 261–364, 358 f., 362.

[24] Dazu *B. Capasso,* Sulla storia esterna delle costituzioni di Federico II, Atti dell'Accademia Pontaniana 9 (1871), 379–502, 437–491; *W. Stürner,* Einleitung, in: ders. (Hg.), Die Konstitutionen Friedrichs II. für das Königreich Sizilien (= MGH, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Bd. 2 Suppl.), 1996, 1–142, 42–58; neue Per-

den Sachsenspiegel[26] oder das Hamburger Stadtrecht[27]. Aus späterer Zeit können etwa das Werk von *Mevius* zum lübischen Recht oder die Kommentare französischer Juristen zu verschiedenen *Coutumes* angeführt werden.[28]

Die Relevanz von Kommentaren bleibt auch dann hoch, als sich im gemeinen Recht der Charakter einer exegetischen Wissenschaft zunehmend verliert und die römisch-kanonischen Texte nurmehr als diskursiver Anknüpfungspunkt für juristische Ausführungen dienen.[29] In der historischen Entwicklung, aber auch in der synchronen Vielfalt von Kommentaren spiegeln sich die hermeneutischen Grundkonstanten von Auslegung und „Einlegung" (Exegese und Eisegese), von Ausdeutung und Sinnstiftung. Methode und Selbstverständnis der Kommentatoren bilden sich in der inneren Struktur und der äußeren Gestalt der Kommentierung ab. So lässt sich bei den Kommentaren zum *Corpus iuris civilis* eine zunehmende Distanzierung von den Quellen beobachten, die ihren Ausdruck einerseits formal in der Loslösung von der Legalordnung findet:[30] Der Bezugspunkt verschiebt sich allmählich von der einzelnen *lex* zur höheren Gliederungsebene der Titel, und manche Autoren experimentieren mit eigenständigen Ordnungskonzeptionen.[31] Andererseits emanzipieren sich die Kommentatoren auch inhaltlich, sei es durch Historisierung und Textkritik im Geiste des Humanismus, sei es durch einen Perspektivenwechsel, demzufolge nicht mehr nach dem wahren Sinn der Texte,

---

spektiven bei *M. Spadaccini,* Der erste Glossator des Liber augustalis Friedrichs II., Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 70 (2014), 489–519.

[25] Zu den Glossen des Alonso Díaz de Montalvo und des Gregorio López siehe in diesem Band *B. Rodríguez-Rosado,* Juristische Kommentare in Spanien, mit besonderer Berücksichtigung des Zivilrechts: Erfolg und Misserfolg eines Modells, 107–121, 107–109; *J.F. Stagl,* Juristische Kommentare in Lateinamerika: Behagen und Unbehagen in der Kodifikation, 123–149, 124–128, beide m.w.N.

[26] Zur Buch'schen Glosse zum Landrecht des Sachsenspiegels grundlegend *B. Kannowski,* Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buch'sche Glosse, 2007; siehe auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 190–205. Der Text ist ediert bei *F.-M. Kaufmann* (Hg.), Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht: Buch'sche Glosse, 3 Bde. (= MGH, Fontes iuris Germanici antiqui, Nova Series VII/1–3), 2002.

[27] *F. Eichler* (Hg.), Die Langenbeck'sche Glosse zum Hamburger Stadtrecht von 1497, 2008 (Edition, Übersetzung und Einführung).

[28] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 46–48 m.w.N.; bezüglich der *Coutumes* auch *Dedek,* Kanada (Fn. 15), 303 mit Fn. 42.

[29] Näher zur vielfältigen frühneuzeitlichen Kommentarliteratur *A. Thier,* Zwischen Exegesesammlung und Ordnungsentwurf: Zur Kommentarliteratur des gelehrten Rechts in der Frühen Neuzeit, in: Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 6), 207–247; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 38–49.

[30] *N. Jansen,* Methoden, Institutionen, Texte: Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster in Recht und Religion, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 50–53.

[31] Siehe im Einzelnen *Thier,* Kommentarliteratur (Fn. 29), 219–235.

sondern nach ihrem *usus modernus* gefragt wird.[32] Auf diese Weise gibt die Kommentarliteratur der frühen Neuzeit beredtes Zeugnis sowohl einer nach Ordnung strebenden Wissenschaftskultur als auch einer Jurisprudenz, die den gemeinrechtlichen Normenbestand nicht als autoritatives Ganzes übernimmt, sondern als „Vorbild an Weisheit und Rechtmäßigkeit"[33] mehr oder minder eklektisch mit dem einheimischen Recht zusammenführt.[34]

2. *Kommentieren im Kodifikationszeitalter*

War es in der frühen Neuzeit noch weitgehend selbstverständlich, das römisch-kanonische Recht in (zumindest lose) kommentierender Form zu behandeln, so geht diese Gewissheit mit der Durchsetzung vernunftrechtlichen Denkens im 18. Jahrhundert verloren.[35] Nach der Idee des Vernunftrechts liegt der Ausgangspunkt für die Rechtslehre nicht in autoritativen Referenztexten, sondern in Prinzipien und Begriffen, die mit Hilfe der Vernunft erkannt werden und die Basis für weitere logische Schlüsse bilden. Demgegenüber propagierte die Historische Rechtsschule zwar eine Rückkehr zu den justinianischen Quellen; der Anspruch eines organischen inneren Systems vertrug sich aber nicht mit der Form eines fortlaufenden Kommentars.[36] Vor diesem Hintergrund lassen sich die im 19. Jahrhundert entstehenden Kommentare zu den Gesetzbüchern des Kodifikationszeitalters als Neuansatz begreifen, auch wenn es eine echte Zäsur nicht gibt.[37]

---

[32] Näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 40 ff. m.w.N.

[33] *U. Huber,* Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk, Deerde Druk [3. Aufl.], vermeerdet met veele nieuwe gewijde saken … door Zacharias Huber, Amsterdam, 1726, boek I, Kap. 2, § 24: „voorbeelt van wijsheyt ende rechtmatigheyt".

[34] Vgl. *N. Jansen,* Das gelehrte Recht und der Staat, in: R. Zimmermann (Hg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Teilbd. 2: Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese, 2008, 159–186, 177–185; *ders.,* Making Legal Authority (Fn. 20), 38–41.

[35] Näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 49–57.

[36] Vgl. *R. von Stintzing/E. Landsberg,* Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III/2, 1910, 637: „verschwindet der Kommentar fast ganz aus dem eigentlich wissenschaftlichen Leben" (*Landsberg*).

[37] Man denke nur an die „Ausführliche Erläuterung der Pandekten" von C.F. von Glück, die auch nach dem Tode des Verfassers 1831 von späteren Gelehrten fortgeführt wurde. Zu diesem Zeitpunkt gab es längst Kommentare zum *Code civil,* ABGB und zum Preußischen Allgemeinen Landrecht, ganz zu schweigen von Kreittmayrs Kommentaren in Bayern, insbesondere zum *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* von 1756. Dazu, dass die Kodifikationsbewegung selbst auf vernunftrechtliche Wurzeln zurückgeht, siehe etwa *F. Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, 321 ff.; *D. von Stephanitz,* Exakte Wissenschaft und Recht: Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß, 1970, 95 ff.

Ein kursorischer Überblick über die europäische Rechtslandschaft zeigt hier einerseits gemeinsame Muster in der Entstehung von Kommentarliteratur, andererseits signifikante Unterschiede: In Deutschland hat schon einige Jahrzehnte vor dem BGB die Kodifikationsbewegung der 1860er und 1870er Jahre den Gesetzeskommentar zu einer prominenten Literaturform werden lassen; davon zeugen die zahlreichen Kommentierungen im Handelsrecht und Strafrecht sowie zu den Reichsjustizgesetzen.[38] Mit der wachsenden Einheit Deutschlands bis hin zum Kaiserreich wurden die Kodifikationen immer stärker zum Kristallisationspunkt der juristischen Literatur, die gerade im Gesetzeskommentar ein geeignetes Format zur Erschließung der neuen Rechtsquellen fand. Diese Entwicklung findet ihren Höhepunkt letztlich in der Neuorientierung des Privatrechtsdiskurses am 1896 verabschiedeten und zum 1.1.1900 in Kraft getretenen BGB: Unter den zahllosen Erzeugnissen des juristischen Büchermarktes dieser Zeit spielen Kommentare eine Hauptrolle.[39] Auch wenn große Lehrbücher und Systemwerke in der Wissenschaftskultur eine besondere Stellung behalten,[40] entwickelt sich der Kommentar allmählich zu einem Leitmedium des Privatrechts.[41] Der Aufschwung der Kommentarliteratur veranschaulicht dabei, wie anstelle der Pandekten nun das BGB zum neuen Fluchtpunkt des gesamten Privatrechtsdenkens wird – für die Rechtspraxis bedeutete das BGB, ungeachtet der dogmatischen Kontinuitäten zum gemeinen Recht, ohnehin einen Paradigmenwechsel.[42] Eine solche Umwälzung für die Rechtskultur hatten die Kodifikationen der deutschen Einzelstaaten im 18. und 19. Jahrhundert nicht mit sich gebracht: Auch zu ihnen gab es eine Reihe von Kommentaren – vom Preußischen Allgemeinen Landrecht 1794 über das Preußische Strafgesetzbuch 1851 bis zum Sächsischen BGB 1863/1865 –, doch blieben die Diskurse territorial begrenzt, und die Wissenschaft beteiligte sich nur spärlich daran.[43]

---

[38] Siehe im Einzelnen *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 215–230. Die maßgeblichen Referenztexte sind hier das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (1861), das Reichsstrafgesetzbuch (1871) sowie das Gerichtsverfassungsgesetz, die Civilprozeß-, Konkurs- und Strafprozeßordnung (alle 1877, in Kraft 1879).

[39] *H. Mohnhaupt,* Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897–1914), in: U. Falk/H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000, 495–531, 495–511; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 209 f., 230–288. Zum Ausmaß der Publikationsflut siehe *G. Maas,* Bibliographie des Bürgerlichen Rechts: Verzeichnis von Einzelschriften und Aufsätzen über das im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich vereinigte Recht 1888–1898, Berlin, 1899.

[40] *N. Jansen,* Deutschland (Fn. 13), 27 f. (These 3).

[41] Begriff und Beobachtung bereits bei *T. Henne,* Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 6), 317–329, 318, 325 ff.

[42] Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 209–211, 230–234.

[43] Näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 62–66, 213–215.

In Österreich lag die Sache dagegen anders: Hier hatte *Franz von Zeiller,* der maßgebliche Redaktor des ABGB von 1811, selbst einen vierbändigen Kommentar publiziert.[44] Eine im Wesentlichen von *Zeiller* verantwortete Reform der Studienordnung[45] tat ihr Übriges dazu, dass sich die österreichische Privatrechtslehre in den folgenden Jahrzehnten eng an die neue Kodifikation hielt; dies hat ihr auch, in Anlehnung an die französische Entwicklung, das Etikett einer „Exegetischen Schule" eingetragen.[46] Ausgebremst wurde der Aufschwung der Kommentarliteratur ab den 1850er Jahren unter dem Einfluss der Historischen Rechtsschule, die in Österreich vor allem mit dem Namen *Joseph Ungers* verbunden ist: Mit der Hinwendung zur Pandektistik trat das Bemühen um ein Privatrechtssystem in den Vordergrund; dementsprechend prägte nun das Genre des „Systems" die Wissenschaftskultur.[47] Rund zwanzig Jahre später unternahmen es *Ludwig Pfaff* und *Franz Hofmann,* in ihrem ABGB-Kommentar eine Synthese von exegetischer Bearbeitung und systematischer Methode nach dem Vorbild *Ungers* zu schaffen; denn richtigerweise – so die Auffassung der Kommentatoren – sollten „System und Commentar einander ergänzen".[48]

[44] *F. von Zeiller,* Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 4 Bde., Wien/Triest, 1811–1813.

[45] Dazu insbesondere *K. Ebert,* Der Einfluß Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichts, in: W. Selb/H. Hofmeister (Hg.), Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828): Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte, 1980, 63–93.

[46] Differenziert *W. Brauneder,* Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 5 (1983), 22–43 m.w.N. aus der älteren Literatur. Zu den Kommentatoren der ersten Jahrzehnte gehören unter anderem Taglioni (in Mailand), Schuster (in Prag), Nippel und Winiwarter (beide in Wien); zu ihnen vgl. die Biographien in *W. Brauneder* (Hg.), Juristen in Österreich 1200–1980, 1987. Eine Übersicht über die bis 1876 erschienenen Kommentare bieten *L. Pfaff/ F. Hofmann,* Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 1, Abt. 1, Wien, 1877, 61–67. Die Entwicklung der Kommentarliteratur zeichnet nach *H. Mohnhaupt,* Zum Verhältnis zwischen Kodifikation und Rechtsprechung am Beispiel von Kommentaren und Rechtsprechungssammlungen zum ABGB, in: B. Dölemeyer/ H. Mohnhaupt (Hg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011): Die Österreichische Kodifikation im internationalen Kontext, 2012, 121–157, 136–149. Vgl. auch den konzisen Überblick bei *Zimmermann,* Privatrechtliche Kommentare (Fn. 15), 449–453.

[47] *J. Unger,* System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, 3 Bde., Leipzig, 1856–1864. Siehe als Kommentar ferner *M. von Stubenrauch,* Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch … mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniß erläutert, Wien, 1854–1858; dann ab der 2. Aufl., 1864–1865, unter dem Titel Commentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch (ab der 4. Aufl., 1884–1885, fortgeführt von *M. Schuster* und *K. Schreiber* bis zur 8. Aufl., 1902–1903). Überblick auch jenseits des Privatrechts bei *W. Brauneder,* 1850–1900, in: ders., Juristen in Österreich (Fn. 46), 136–146.

[48] *Pfaff/Hofmann,* Commentar I/1 (Fn. 46), Vorrede, III f.: „Und so wird kaum der Unterricht, noch weniger aber die Praxis des Commentars entrathen können. Das Richtige

Auch die französische Rechtskultur ist im 19. Jahrhundert vom Spannungsverhältnis zwischen einer Orientierung an der Kodifikation und dem von der Historischen Rechtsschule beschworenen Systemdenken geprägt. Auf den *Code civil* von 1804 folgte eine Periode intensiver Kommentierung, deren Autoren man als *École de l'Exégèse* erfasst hat. Diese erst im 20. Jahrhundert etablierte Zuschreibung[49] hat in den letzten Jahrzehnten manche berechtigte Kritik erfahren,[50] bis hin zur Forderung, den Begriff „endlich zu verabschieden".[51] Unbestreitbar ist aber, dass in den Darstellungen des französischen Zivilrechts zunächst – wie dies für den Rechtsunterricht ohnehin verpflichtend war[52] – die Legalordnung des *Code civil* den maßgebenden Ordnungsrahmen bildete.[53] Dies gilt für die stark aus den Entstehungsmaterialien schöpfenden Anmerkungen von *Maleville* ebenso wie für die ausgearbeiteten *Cours de droit civil* eines *Proudhon, Toullier* oder *Duranton,*[54] von denen sich die beiden

---

scheint also, daß System und Commentar einander ergänzen. […] Die Form des Commentars muß kein Hindernis sein, den Ergebnissen systematischer Untersuchungen ihre Gestalt zu geben […]". In diese Richtung auch *L. von Kirchstetter,* Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Leipzig/Wien, 1868, der seinen einbändigen Kommentar mit der Begründung vorlegte (Vorwort, V), „daß neben der umfassenden und erschöpfenden Bearbeitung […] durch Unger […] eine kurze, compendiarische Bearbeitung desselben Rechtsstoffes in der unmittelbaren Anreihung an die betreffenden Paragraphen des Gesetzbuches […] keine nutzlose sein dürfte" (das Werk erschien in weiteren Auflagen 1872, 1876, 1882, 1884, ab der 3. Aufl. hg. v. F. Maitisch; vgl. auch die vernichtende Kritik von *Pfaff/Hofmann, loc. cit.,* 64 f. m.w.N.).

[49] Grundlegend *J. Bonnecase,* L'École de l'exégèse en droit civil: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, 2. Aufl., 1924. Der Begriff findet sich in dieser Form bereits bei *E.D. Glasson,* Discours, in: Le centenaire du Code civil 1804–1904, 1904, 37–47, 41.

[50] Nachweise aus der französischen Forschung bei *J.-L. Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, 2. Aufl., 2012, 73; ferner *A. Bürge,* Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, 2. Aufl., 1995, 2, 245, 264 f., 272 („Mythos"), 518 f.; *M. Gläser,* Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts, 1996, 47 f. (weder Schule noch Exegese).

[51] *A. Bürge,* Rezension: Gläser, Lehre und Rechtsprechung (Fn. 50), ZRG (germ.) 115 (1998), 811–820, 818.

[52] *Bürge,* Das französische Privatrecht (Fn. 50), 496–500; *Halpérin,* Histoire (Fn. 50), 41–43, 71.

[53] Vgl. die Überblicke bei *Halpérin,* Histoire (Fn. 50), 48–57, 72–74, und (prägnant, aber weniger differenziert und in den bibliographischen Angaben unzuverlässig) *K.H. Neumayer,* Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten französischen Zivilrechts bis zur Dritten Republik, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 1, 1974, 173–195, 182–186; sowie in diesem Band *J.-S. Borghetti,* Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?, 45–60, 48–50; und *Zimmermann,* Privatrechtliche Kommentare (Fn. 15), 453–460.

[54] *J. de Maleville,* Analyse raisonnée de la discussion du Code civil, Paris, 1805; *J.B.V. Proudhon,* Cours de droit français, Dijon, 1809 ff.; *C.B.M. Toullier,* Le Droit civil

Letzteren dem Typ eines Titelkommentars zuordnen lassen, weil sie zwar nicht die Artikelfolge, aber die Titelordnung des Gesetzbuchs einhalten und in diesem Sinne „suivant le Code civil" kommentieren.

Ob die Form des Kommentars oder vielmehr die Neuanordnung des Stoffs in einem *traité* die geeignete Darstellungsweise sei, wurde in der französischen Zivilistik fortan ebenso kontrovers diskutiert wie die Frage nach der richtigen Methode im Umgang mit der Kodifikation.[55] Ein starker Impuls zugunsten des Systemdenkens ging von der Übersetzung des „Handbuchs des Französischen Civilrechts" von *Zachariä* durch *Aubry* und *Rau* (ab 1839) aus.[56] Die nachfolgenden Werke von *Marcadé* (ab 1842) und dem häufig als „prince de l'Exégèse" bezeichneten *Demolombe* (ab 1845) griffen diesen Impuls auf und flochten dogmatische Synthesen in die Kommentierung ein, ohne allerdings die Titelordnung zu verlassen.[57] Dies änderte sich erst zum Ende des 19. Jahrhunderts, als die Rechtslehre nach einer Studienreform auch für ihren Unterricht nicht mehr auf die Reihenfolge des Gesetzbuchs festgelegt war.[58] Zur selben Zeit, als die deutsche Kommentarkultur im Bürgerlichen Recht zu ihrer Blüte gelangte, war die französische Kommentierungstradition damit im Wesentlichen erloschen.[59]

---

français, suivant l'ordre du Code Napoléon, Rennes, 1811 ff.; *A. Duranton,* Cours de droit français suivant le Code civil, Paris, 1825 ff.

[55] *Bürge,* Das französische Privatrecht (Fn. 50), 238–245. Zur parallelen Diskussion in den Niederlanden siehe *J. Jansen,* Der Blaue Engel und die Grüne Reihe: Die Rolle des Kommentars in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur, in diesem Band, 87–106, 94 mit Fn. 26.

[56] Cours de droit civil français traduit de l'allemand de *C.S. Zachariae* […] revu et augmenté, avec l'agrément de l'auteur, par C. Aubry […] et C. Rau […], Strasbourg, 1839–1846. Vgl. dazu mit unterschiedlichen Akzenten *Neumayer,* Wissenschaftliche Behandlung (Fn. 53), 186–192; *Bürge,* Das französische Privatrecht (Fn. 50), 242–245; *J.-L. Halpérin,* Der Einfluß der deutschen Rechtsliteratur zum Code civil in Frankreich von Lassaulx bis Zachariä, in: R. Schulze (Hg.), Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, 1998, 215–237, 226–231; *dens.,* Histoire (Fn. 50), 57–59.

[57] *V. Marcadé,* Élémens du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code civil […] suivie d'un résumé à la fin de chaque titre, Paris, 1842 ff.; *C. Demolombe,* Cours de Code civil, Paris, 1845 ff. Zu ihnen *Neumayer,* Wissenschaftliche Behandlung (Fn. 53), 192–194; *Halpérin,* Histoire (Fn. 50), 59–61 mit dem Hinweis, Demolombe sei als *prince de l'Exégèse* „peut-être été mal nommé" (60).

[58] *Halpérin,* Einfluß der deutschen Rechtsliteratur (Fn. 56), 230; näher *ders.,* Histoire (Fn. 50), 174 f., 181–184, 199–201.

[59] Zu den Gründen für die weitere Abstinenz im 20. Jh. siehe *Borghetti,* France (Fn. 53), 52–59; sowie *Zimmermann,* Privatrechtliche Kommentare (Fn. 15), 456 f. Über diesem Kontrast zwischen Deutschland und Frankreich sollte nicht vergessen werden, dass der *Code Napoléon* Anfang des 19. Jh. auch in einigen Teilen Deutschlands Geltung erlangte und dort nennenswerte Kommentare entstanden, u.a. in Baden; siehe *K.H. Neumayer,* Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten Privatrechtsstoffes im Groß-

Auch in anderen europäischen Nationen brachten die privatrechtlichen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts einen Aufstieg von Kommentaren mit sich. Für das niederländische *Oud Burgerlijk Wetboek* von 1838 gilt dies ebenso wie für den italienischen *Codice civile* von 1865 oder den spanischen *Código civil* von 1889. Der Einfluss der französischen Rechtstradition ist dabei nicht nur in den Kodifikationen selbst, sondern auch in der kommentierenden Verarbeitung fassbar.[60] Der für Österreich und Frankreich festgestellte Umschwung hin zu einer systematischen Literatur, inspiriert durch das Systemdenken der Historischen Schule, zeigt sich auch in den Niederlanden und später in Italien deutlich.[61] Die Triebfeder für die Entstehung einer neuen Generation von Gesetzeskommentaren bildete dann offenbar erst eine grundlegende Reform des jeweiligen Zivilgesetzbuchs – so 1974 in Spanien und 1992 in den Niederlanden, und auch in Italien entwickelte sich erst zum *Codice civile* von 1942 wieder eine nennenswerte Kommentarliteratur.[62]

Für den Aufstieg der Gesetzeskommentare in der europäischen Rechtswissenschaft lassen sich vor diesem Hintergrund drei Grundbeobachtungen festhalten: Erstens geht von der Kodifikation eines Rechtsgebiets häufig ein starker Impuls für die Entstehung von Kommentaren aus. Dies zeigt sich übrigens in Deutschland auch bei weiteren Gesetzen im 20. Jahrhundert, etwa im Gesellschaftsrecht oder im Verwaltungsrecht.[63]

Zweitens etabliert sich eine Kommentarkultur in der Moderne nur dann als dauerhaft stabil, wenn es ihr gelingt, die methodischen Vorzüge eines systematischen Zugriffs auf das Recht im Format des Kommentars angemessen zu integrieren. Dass dies in der Kommentierung des BGB tatsächlich erreicht wurde, dürfte zum einen dem Umstand geschuldet sein, dass bereits im Text des BGB der systematische Anspruch der Pandektistik viel stärker zur Wirkung gelangt war als in den früheren Zivilgesetzbüchern der anderen europäischen Staaten.[64] Zum anderen war aber auch die deutsche Jurisprudenz bei den Pandektisten in die Schule gegangen, und die erfolgreiche Verbindung von systematischen Ansprüchen und fortlaufender Kommentierung in einigen

---

herzogtum Baden und auf dem linken Rheinufer bis zum Beginn der Vorarbeiten zum BGB (1874), in: Coing/Wilhelm, Wissenschaft und Kodifikation I (Fn. 53), 197–216, 208–210.

[60] Siehe hierzu in diesem Band *J. Jansen* (Fn. 55), 89–96; *F.P. Patti,* Kommentare zum italienischen Zivilgesetzbuch: Geschichte, Struktur und Funktion, 61–86, 63–66; *Rodríguez-Rosado,* Spanien (Fn. 25), 110 f.

[61] *J. Jansen,* Niederlande (Fn. 55), 93–96 (auch zur Übergangsphase bei Diephuis und Opzoomer); *Patti,* Italien (Fn. 60), 66–68.

[62] *J. Jansen,* Niederlande (Fn. 55), 98–104; *Patti,* Italien (Fn. 60), 68–70; *Rodríguez-Rosado,* Spanien (Fn. 25), 111–114.

[63] Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 76; *M. Stolleis,* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, 1999, 205 f.

[64] In diese Richtung auch *Borghetti,* France (Fn. 53), 54.

Werken (etwa von *Staub, Staudinger, Planck*[65]) stiftete hier ein eindrückliches Vorbild. Vor den Gefahren einer allzu wortlautgläubigen „Paragraphenjurisprudenz“ war man zwar keineswegs gefeit, doch gelang es den Kommentatoren, sich zunehmend von einer Wortlautexegese zu emanzipieren.[66]

Drittens entsteht eine veritable Kommentarkultur nur dort, wo sich die juristische Profession die Form des Kommentars aktiv zu eigen macht. Entsprechende Weichenstellungen im Diskursumfeld der Juristen können hier eine entscheidende Bedeutung entfalten, insbesondere die Ausrichtung des universitären Rechtsunterrichts. Dies zeigen die oben angeführten Studienordnungen in Frankreich und Österreich ebenso wie die berühmte Eisenacher Konferenz im Jahre 1896, auf der sich die deutschen Rechtslehrer nach langen Beratungen einigten, künftig das BGB in den Mittelpunkt der Privatrechtslehre zu stellen.[67]

III. Kommentare als Element der Rechtskultur

Den Ausgangspunkt für die in diesem Band vorgelegte rechtsvergleichende Untersuchung bildet demnach die Überlegung, dass die existenten Literaturformen im Kontext der jeweiligen Rechtsordnung und Rechtskultur[68] zu verstehen sind und dass dieser rechts- und wissenschaftskulturelle Hintergrund auf die juristischen Formate „abfärbt“. Der Kommentar gleicht in dieser Hinsicht einem Chamäleon, das seine Farbe an das gerade besetzte Umfeld anpasst.[69]

---

[65] *H. Staub,* Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin, 1893; *J. von Staudinger* (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, München, 1898–1903; *G. Planck* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin, 1897–1902. Zur Systematik vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 256 f., 262 f.; siehe auch *N. Jansen,* Deutschland (Fn. 13), 29 (These 5).

[66] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 271–274 m.w.N. Für Österreich vgl. *Mohnhaupt,* Kodifikation (Fn. 46), 144–149.

[67] Siehe *E. Friedberg,* Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz, Leipzig, 1896; zusammenfassend *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 231. Zur Rolle der juristischen Profession bei der Anerkennung von Rechtsquellen vgl. *N. Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 20), 45–49.

[68] Der Begriff der Rechtskultur wird in der wissenschaftlichen Literatur in sehr unterschiedlicher Weise benutzt; vgl. instruktiv *R. Michaels,* Rechtskultur, in: J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, Sp. 1255–1259 m.w.N. Hier soll der Begriff die „Rechtspflege“ in einem umfassenden Sinne bezeichnen; er verweist also darauf, dass eine Rechtsordnung nicht nur durch ihre normativen Grundlagen (Rechtsregeln), sondern auch durch Akteure, Institutionen, Literaturformen, juristisches Wissen, habituelle Diskursstrukturen etc. geprägt ist. Man kann hier mit Michaels von einem „erweiterten Rechtsbegriff“ sprechen.

[69] *Kästle,* Farbe des Chamäleons (Fn. 14), 448–450.

Dasselbe gilt *mutatis mutandis* für andere Literaturgattungen wie Lehr- und Handbücher, Zeitschriften bzw. Zeitschriftenaufsätze und Monographien.

Freilich sind die juristischen Literaturformate nicht nur ein Abbild des jeweiligen Diskursumfeldes; vielmehr stehen sie in einer Wechselbeziehung zu den übrigen Variablen der Rechtskultur: Sie prägen auch Diskurs- und Denkstrukturen in einer Rechtsordnung. Beispielsweise können Kommentare den Blick auf einen autoritativen Referenztext, etwa eine Kodifikation, konzentrieren und damit dazu beitragen, dass sich eine Rechtsordnung von dieser Quelle her versteht.[70] So präsentieren in Deutschland die Gesetzeskommentare Rechtsprechung (und Literatur) als Auslegung des Gesetzes, was den Blick für die tatsächliche Bedeutung des Rechtsprechungsrechts eher verstellt.[71]

Stellenwert und Funktionen juristischer Literatur sind demnach gerade in ihrer dynamischen Beziehung zu anderen Elementen der Rechtskultur zu erfassen. Bedeutsam ist zunächst das Verhältnis zwischen Literaturformen und Rechtsquellen: Kodifikation und Kommentar stehen in enger Beziehung; das wird nicht nur in den vorstehenden historischen Beobachtungen deutlich, sondern auch in zahlreichen Beiträgen zu diesem Band. Häufig etabliert sich mit der Kodifizierung oder Novellierung eines Rechtsgebiets eine darauf bezogene Erläuterungsliteratur. Dies geschieht aber nicht ohne Weiteres: Einen maßgeblichen Faktor für die Ausprägung bestimmter Literaturgattungen bilden auch Struktur und Selbstverständnis der juristischen Profession; denn als Akteure bestimmen Rechtswissenschaftler und praktizierende Juristen die Formate des juristischen Diskurses. Eine von Kommentaren geprägte Rechtsordnung setzt eine Diskursgemeinschaft voraus, die sich maßgeblich durch den Bezug auf bestimmte Basistexte und deren hermeneutische Aneignung (regelmäßig also: Gesetze und deren Auslegung) definiert.[72]

Die Konturen der juristischen Literaturlandschaft werden ferner wesentlich mitbestimmt durch das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis und die institutionellen Rahmenbedingungen juristischen Arbeitens. So ist die Entstehung der mittelalterlichen Glossen- und Kommentarliteratur ohne den Kontext der Lehre und gemeinschaftlichen Lektüre der Texte an den entstehenden Universitäten nicht denkbar.[73] Ein entscheidender Baustein im Gefüge des Rechtssystems ist natürlich auch die Rechtsprechung. Für den Aufschwung der Kommentarliteratur im 20. Jahrhundert in Deutschland ist beispielsweise zu berücksichtigen, dass er mit einem Aufstieg der Rechtsprechung einher-

---

[70] *N. Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 20), 124–126; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 260 f., 327 f.

[71] Etwas anders akzentuiert *N. Jansen,* Deutschland (Fn. 13), 94–100 (These 12): Kommentare bilden das Recht als „Gewebe von Gesetzes- und Rechtsprechungsrecht“ ab.

[72] Zur weitgehenden Fehlanzeige im *common law* vgl. in diesem Band *Enchelmaier,* England (Fn. 15), 271 ff.; *M. Reimann,* Legal “Commentaries” in the United States: Division of Labor, in diesem Band, 277–294, 289 ff.

[73] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 111, 120, 161, 174 ff. m.w.N.

ging.[74] Für die juristische Literatur bedeutete dies zum einen, dass es zunehmend wichtiger wurde, das dichter werdende Netz an Gerichtsentscheidungen in die Darstellung des Rechts zu integrieren und dieses Material aufzubereiten (was Kommentare typischerweise leisten). Zum anderen ist es mit der voranschreitenden Spezifizierung des Rechts und der Gewichtsverlagerung auf die Rechtsprechung schwieriger geworden, das Recht plausibel in großen Systemen darzustellen, wie Juristen es traditionell im Medium der Handbücher und großen Lehrbücher unternommen haben.[75]

Schließlich gehören zum Kontext der juristischen Literaturformen auch die politischen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten, die man als externe Einflussfaktoren auf Rechtskultur und Rechtsliteratur beschreiben kann. Aktuell ist hier insbesondere die Digitalisierung zu nennen, auf die auch die Beiträge zu diesem Band verschiedentlich Bezug nehmen: Sie hat die Arbeits- und Lesegewohnheiten der Juristen und Rechtsanwender bereits stark verändert: Zumindest in der jüngeren Generation, vielfach aber auch darüber hinaus, ist der Online-Zugriff auf juristische Kommentare oder andere Standardliteratur mittlerweile der Regelfall.[76] Ein entsprechendes digitales Angebot wurde in Deutschland seit der Jahrtausendwende kontinuierlich ausgebaut und ist auch in den letzten Jahren enorm gewachsen.[77] Für den Zugang zur Rechtsliteratur kann man also bereits jetzt von einer „Medienrevolution" sprechen.[78] Bei der Ausgestaltung der Inhalte und auch vieler formaler Aspekte hingegen haben sich Verlage und Autoren im Wesentlichen an etablierten Modellen orientiert. Die Einfügung von Mehrebenen-Strukturen mit einer kleingedruckten Detailkommentierung oder der Einsatz von Hyperlinks betreffen eher Feinheiten. Auch der – gewiss bemerkenswerte – Umstand, dass für den Kommentartext quasi unbeschränkt viel Platz zur Verfügung steht,[79] hat, soweit ersichtlich, (noch) nicht zu einer nachhaltigen Veränderung der Publikationskultur geführt. Den auffälligsten Faktor bildet derzeit wohl die Stoßkraft der laufenden Aktualisierung der Online-Kommentare in kurzen Abständen (zum Beispiel vierteljährlich); damit können Kommen-

---

[74] Dazu statt aller *J. Schröder,* Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933), 2. Aufl., 2012, 281 ff.

[75] Näher dazu *N. Jansen,* Deutschland (Fn. 13), 42–44 (These 15).

[76] Für Russland siehe *A. Shirvindt,* Die juristische Literaturlandschaft Russlands: Eine Kommentarwüste, in diesem Band, 203–226, 205.

[77] Als Beispiel kann etwa auf die Reihe der Beck'schen Online-Kommentare verwiesen werden. Zählte diese im Jahr 2013 noch 30 Kommentare, waren es Mitte 2015 schon knapp 50 (*Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare [Fn. 1], 99); im April 2020 sind 115 Kommentare verzeichnet.

[78] *Vec,* Rezension Kästle-Lamparter (Fn. 5), 670.

[79] Vgl. aus kulturwissenschaftlicher Perspektive dazu *H. U. Gumbrecht,* Fill up Your Margins! About Commentary and Copia, in: G. W. Most (Hg.), Commentaries – Kommentare, 1999, 443–453, 452 f.

tare eine Reaktionszeit auf aktuelle Entwicklungen bieten, die früher Zeitschriften vorbehalten war. Inwieweit und wie schnell das Internet den Umgang mit juristischem Wissen auch dahingehend verändern wird, dass partizipative Elemente, etwa Ergänzungs- und Kommentarmöglichkeiten für Benutzer, in juristischer Standardliteratur Einzug halten und damit das traditionell auf einseitige Veröffentlichungsakte ausgerichtete Publikationswesen durch eine unmittelbar diskursive oder gar bearbeitungsoffene Struktur aufgebrochen wird, ist momentan schwer abzuschätzen.[80] Rechtswissenschaftliche Blogs gibt es bereits,[81] einen juristischen „Wikimentar" noch nicht[82] – von auf *big data* gestützten Kommentarautomaten mit künstlicher Intelligenz ganz zu schweigen. Bereits jetzt greifbar ist dagegen ein gewisses Konkurrenzverhältnis zwischen dem direkten Zugriff auf Gerichtsentscheidungen in Rechtsprechungsdatenbanken und der Informationssuche in Kommentaren und anderer wissensfilternder Literatur; dies wird im internationalen Vergleich mehrfach deutlich.[83]

IV. Untersuchungsprogramm und Überblick

Mit diesen Überlegungen ist zugleich das Untersuchungsprogramm für diesen Band angezeichnet. Die einzelnen Beiträge sind jeweils einer nationalen bzw. transnationalen Rechtsordnung gewidmet; der Bogen reicht hier von Kontinentaleuropa über Lateinamerika, Japan, das *common law* und hybride Rechtsordnungen bis zum europäischen und transnationalen Privatrecht und zum Völkerrecht. Die Beiträge reflektieren die jeweilige Rechtsordnung in

---

[80] Vgl. die Andeutungen bei *C. Djeffal,* Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries, European Journal of International Law 24 (2013), 1223–1238, 1237 f.; und *Vec,* Rezension Kästle-Lamparter (Fn. 5), 670.

[81] Namentlich der Verfassungsblog (<https://verfassungsblog.de>), in dem deutsche und ausländische Wissenschaftler zu verfassungsrechtlichen Fragen publizieren; Leser können die Beiträge kommentieren. Vgl. zu Blogs u.a. *I. Augsberg,* Blogozentrismus, in: Funke/Lachmayer, Formate der Rechtswissenschaft (Fn. 1), 101–116; *H. Birkenkötter,* Blogs in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht: Ein Beitrag zur Erschließung neuer Formate, *loc. cit.,* 117–139; *S. Martini,* Die Rolle von Internetblogs im juristischen Diskurs, in: Wandlungen im Öffentlichen Recht. Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung, 2020, 327–347.

[82] Wohl aber seit 2019 ein Wiki-Lehrbuch zum Verwaltungsrecht: *N. Eisentraut* (Hg.), Verwaltungsrecht in der Klausur, online: <https://de.wikibooks.org/wiki/Verwaltungsrecht_in_der_Klausur/_Das_Lehrbuch>. Bis zum ersten Wiki-Kommentar dürfte es nur eine Frage der Zeit sein.

[83] Siehe die Beiträge von *Patti* zu Italien (Fn. 60), 82–84; und *Shirvindt* zu Russland (Fn. 76), 225 f. Vgl. auch *J.C. Schuhr,* Rechtsprechungsdatenbanken als Format rechtlicher Information – Hilfsmittel oder Ersatz für Kommentare?, in: Funke/Lachmayer, Formate der Rechtswissenschaft (Fn. 1), 161–180.

ihrer gegenwärtigen, geschichtlich gewachsenen Gestalt und analysieren die Landschaft der juristischen Kommentare vor dem Hintergrund der entsprechenden Rechtskultur: Gibt es eine florierende Kommentarlandschaft oder eher eine dürre Vegetation? Wie ist die Artenvielfalt zu taxieren? Welche Bedeutung, um im Bild zu bleiben, haben Kommentare für das juristische „Ökosystem"? Gibt es symbiotische Strukturen im Verhältnis zu anderen Literaturformen wie Lehrbüchern, Handbüchern, Rechtsprechungssammlungen oder auch juristischen Datenbanken – oder übernehmen diese vielmehr Funktionen, die andernorts Kommentaren zugeschrieben werden? Und lassen sich Aussagen darüber treffen, ob Kommentare sozusagen autochthon entstanden sind oder ob sie eher aus einem anderen Verbreitungsgebiet, namentlich aus dem deutschen Rechtsdiskurs, eingeführt und dann heimisch geworden sind?

Als Leitmarken für die Analyse konnten, wie in vorangegangenen Untersuchungen zur Kommentarliteratur,[84] die folgenden Aspekte dienen: erstens das Verhältnis von Kommentar und Referenztext, also die Frage nach dem „Ob" und dem „Warum" der Kommentierung; zweitens die eingesetzten Methoden und Techniken, also das „Wie" der Kommentierung; drittens die Ausleuchtung der diskursiven und institutionellen Bezüge (zu Gesetzgebung, Rechtsprechung, Forschung und Lehre) einschließlich der Fragen nach Provenienz und Adressatenkreis der Werke sowie nach habituellen Diskursstrukturen (wie Reputationsmechanismen); viertens die Form und medialen Charakteristika der Kommentierung (namentlich Layout und Typographie); fünftens Funktionen und Wirkungsweisen mit Blick auf den juristischen Diskurs;[85] schließlich sechstens die Frage nach der Autorität und Rezeption der Kommentare.

Anhand dieser Kriterien (die aber kein starres Untersuchungsschema sein sollten, sondern eben dies: Leitmarken) haben die Autoren es unternommen, die jeweilige Literaturlandschaft zu kartieren und die vorfindlichen Kommentare zu charakterisieren. Das rechtsvergleichende Panorama in diesem Band umfasst 14 Beiträge zu einzelnen Ländern (bzw. im Fall von Lateinamerika zu einer Region) und drei Beiträge zu transnationalen Rechtsordnungen. Die Auswahl der bearbeiteten Länder ist notwendig eine unvollständige; und bei vielen nicht näher untersuchten Rechtsordnungen hätte es gute Gründe gege-

---

[84] Vgl. *N. Jansen,* Kommentare in Recht und Religion: Einführung, in: Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 6), 1–14, 3 ff.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 16 f.

[85] Als typische Grundfunktionen von Kommentaren – je nach rechtskulturellem Hintergrund unterschiedlich ausgeprägt – erscheinen Texterläuterung, Dokumentation, Filterung und Strukturierung von Wissen, Dogmatisierung, Konkretisierung, Harmonisierung, Stabilisierung sowie Kritik und Fortbildung; siehe näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 311–332 m.w.N.

ben, sie ebenfalls zu behandeln.[86] Wichtig war uns gleichwohl, das Spektrum des internationalen Vergleichs breit anzulegen und einen Querschnitt unterschiedlicher Rechtsfamilien und Regionen zu präsentieren, insbesondere über Europa und das kontinentaleuropäische Recht hinauszublicken. Nach Deutschland, Frankreich, Italien, den Niederlanden und Spanien werden deshalb zunächst Lateinamerika und Japan, dann Polen und Russland behandelt. Es folgen Beiträge zu Rechtsordnungen des *common law* (England, USA) und zu von diesem geprägten Mischrechtsordnungen (Südafrika, Kanada, Israel). Abschließend werden das europäische und das transnationale Privatrecht sowie das Völkerrecht untersucht.

Für den Beitrag zu Deutschland beschreibt *Nils Jansen* die Entwicklung der Kommentarkultur im 20. Jahrhundert mit einem spezifischen Blick auf die Differenzierung zwischen Recht und Wissenschaft (S. 25–44). Als Komplementärentwicklung zum Aufstieg des Kommentars erscheint deshalb der Niedergang des (großen) Lehrbuchs, der mit einem gewandelten Rollenverständnis in der Rechtswissenschaft einhergeht: Die in dieser Literaturgattung traditionell in Angriff genommene wissenschaftliche Systembildung gilt heute nicht mehr als zentrale Aufgabe einer wissenschaftlichen Rechtsdogmatik. So kommentieren seit dem letzten Drittel des 20. Jahrhunderts verstärkt auch Professoren, wobei der Kommentar seine grundsätzliche Ausrichtung an der juristischen Praxis behält.

In Frankreich lässt sich die Entwicklung der Kommentarliteratur als eine Geschichte von „Aufstieg und Fall" erzählen. *Jean-Sébastien Borghetti* zeichnet in seinem Aufsatz nach, wie im 19. Jahrhundert Kommentare zunächst zu einer wichtigen Gattung in der literarischen Bearbeitung des *Code civil* werden (S. 45–60). Dabei unterscheiden sich diese Kommentare mit ihrem weniger systematischen Zugriff und ihrem oft blumigen Stil stark von heutigen Gesetzeskommentaren deutscher Prägung. Zum Ende des 19. Jahrhunderts erlischt die Kommentartradition jedoch; als *state of the art* gilt jetzt endgültig der systematisch aufgebaute *traité.* Als Gründe für diese Entwicklung hebt *Borghetti* zum einen die Struktur des *Code civil* hervor, welche die wissenschaftliche Dogmatik als unzulänglich hinter sich lassen musste, zum anderen die Bedeutung der Rechtsprechung, durch deren „Linse" die französische Rechtswissenschaft nun das Recht betrachtet. Ob der aktuelle Reformprozess für den *Code civil* an dieser Grundstruktur nachhaltig etwas ändern wird, bleibt abzuwarten; jedenfalls hat schon die Novellierung des Obligationenrechts zu einer gewissen Renaissance juristischer Kommentare geführt.

Die wohl stärkste Kommentarkultur unter den modernen romanischen Rechtsordnungen hat Italien ausgebildet: So berichtet *Francesco Paolo Patti*

[86] Einige Lücken füllt *Reinhard Zimmermann* im Schlussbeitrag zu diesem Band (Fn. 15), etwa mit einem Überblick über die Verbreitung in der Schweiz (458–460) und in Schottland (498–500).

von einer Blüte der Kommentarform seit den 1970er Jahren; die führenden Großkommentare und einige Kurzkommentare zum *Codice civile* sind auch heute jedem italienischen Juristen geläufig (S. 61–86). Neben den in Italien ebenso prominenten *trattati* (Großlehrbüchern) und Enzyklopädien genießen Kommentare damit traditionell einen hohen Stellenwert, auch wenn das Kommentieren für die wissenschaftliche Reputation keinen besonderen Ertrag verspricht. Allerdings informieren sich Praktiker zunehmend in Rechtsprechungsdatenbanken statt in Kommentaren, und Richter dürfen Kommentare ohnehin nicht in ihren Entscheidungen zitieren. Dadurch ist auch das „Erfolgsformat“ Kommentar in eine gewisse Krise geraten.

Im niederländischen Privatrechtsdiskurs spielen Kommentare dagegen nur eine untergeordnete Rolle: *Jelle Jansen* erklärt diesen Befund unter anderem mit einer gewissen Vernachlässigung durch die Rechtswissenschaft einerseits und der fehlenden Beteiligung praktischer Juristen am Publikationswesen andererseits (S. 87–106). Zum *Burgerlijk Wetboek* von 1992 gibt es gerade einmal drei Kurzkommentare, namentlich die „Grüne Reihe“ und das als „Blauer Engel“ bekannte Werk „Tekts en Commentaar“; beide sind stark praxisorientiert und in der Praxis auch beliebt, gelten aber als wissenschaftlich kaum zitierfähig, obwohl sie größtenteils von wissenschaftlich tätigen Juristen verfasst sind. Demgegenüber war die Publikationslandschaft im 19. Jahrhundert noch bunter: Diverse Kommentare und annotierte Gesetzesausgaben versuchten den Text des *Oud Burgelijk Wetboek* von 1838 zu erschließen, bevor sich die Privatrechtswissenschaft ab der Jahrhundertmitte von der französischen Kommentarkultur und überhaupt der Form des Kommentars emanzipierte und systematischen Werken zuwandte.

Auch in Spanien hat der Einfluss der französischen Kommentatoren nachgewirkt: So erscheinen die in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des *Código civil* von 1889 zahlreich publizierten, teils sehr namhaften Kommentare als „späte Frucht“ der in Frankreich bereits überholten exegetischen Methode, wie *Bruno Rodríguez-Rosado* in seinem Beitrag erläutert (S. 107–121). Dabei kann die spanische Rechtskultur selbst auf eine bedeutende vorkodifikatorische Tradition in der Kommentierung der einheimischen lokalen und regionalen Rechte zurückblicken. Neuen Auftrieb erhielt die Kommentarliteratur seit den 1970er Jahren durch weitreichende Gesetzesreformen und auch durch den wachsenden Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft. Die derzeitige, auch über das Zivilrecht hinaus sichtbare Hochkonjunktur des Kommentargenres in Spanien kontrastiert dabei mit einer geringen Relevanz der Werke für die Praxis und für die juristische Ausbildung. Ausschlaggebend für diese Diskrepanz sind offenbar vor allem strukturelle Gründe im spanischen Universitätssystem und allgemein die starke Trennung von Theorie und Praxis, zu der auch die noch dem Institutionensystem verhaftete Struktur des *Código civil* beiträgt.

Ein abgestuftes Bild zeichnet *Jakob Fortunat Stagl* für die Rechtsordnungen Lateinamerikas (S. 123–149). Eine nennenswerte Kommentarkultur hat

sich demnach nur in Brasilien entwickelt, was auch auf einen deutschen Einfluss zurückzuführen sein könnte. Ansätze zu einem Aufschwung der Kommentarliteratur lassen sich auch in Argentinien feststellen, nicht zuletzt seit der Neukodifikation des Zivil-und Handelsgesetzbuches, das 2016 in Kraft trat. In Chile gibt es dagegen, trotz der lateinamerikaweiten Strahlkraft des chilenischen Zivilgesetzbuchs von 1855, relativ wenige Kommentare; traditionell dominiert das systematisch angelegte Lehrbuch, das häufig Argumente und Strukturen aus europäischen Rechtsordnungen „importiert". Als charakteristische Bewegung erscheint in Lateinamerika damit weniger die kommentierende Aktualisierung einer Kodifikation als die regelmäßige Novellierung.

Mit Japan nimmt *Fumihiro Nagano* eine Rechtskultur in den Blick, die historisch stark von der deutschen geprägt ist (S. 151–173). Interessanterweise blüht die Kommentarliteratur in Japan erst in der Nachkriegszeit, als der deutsche Einfluss bereits geschwunden ist und man sich eher am amerikanischen und französischen Recht orientiert. Dennoch zeigt sich vielfach die Vorbildfunktion deutscher Kommentare. Neben den traditionsreichen Großkommentaren, die auch in der Praxis hohe Autorität genießen, gibt es in Japan mittlerweile viele weitere Kommentare. Gleichwohl hat die Form des Kommentars, so *Nagano,* gegenüber der Lehrbuchliteratur stets „die zweite Geige gespielt".

Vom Einfluss der deutschen Kommentartradition berichtet auch *Wojciech Dajczak* in seinem Beitrag zur Rechtsliteratur in Polen (S. 175–202). Dort bedient sich die seit den 1990er Jahren im Aufschwung begriffene Kommentarliteratur unter anderem deutscher Modelle, namentlich bei den im polnischen Tochterverlag von C.H. Beck erschienenen Werken. Die moderne Literaturlandschaft Polens ist damit stärker von der Rezeption ausländischer Standards geprägt als von einer Anknüpfung an die eigene Kommentierungstradition der Zwischenkriegszeit, als die polnischen Juristen in bemerkenswerter Formenvielfalt das Obligationengesetzbuch von 1933 kommentierten.

Eine Wüstenlandschaft erkennt *Andrey M. Shirvindt* in der Kommentarliteratur Russlands (S. 203–226). Kommentare zu verschiedensten Referenztexten, auch zum Zivilgesetzbuch, gibt es zwar reichlich; sie sind aber überwiegend kurz und schlicht und leisten in aller Regel weder eine umfassende Bestandsaufnahme der Rechtsprechung noch des Schrifttums. Kommentare erscheinen damit in Russland nicht als wissenschaftliches Diskursmedium oder als Wissensspeicher, sondern lediglich als Instrument der Rechtserläuterung „von oben nach unten": Höchstrichter und Professoren erklären darin Nachwuchsjuristen und minderqualifizierten Rechtsanwendern das Recht.

Im Wirkungsbereich des *common law* hat die Kommentierung von Rechtsvorschriften schon deshalb einen geringeren Stellenwert, weil die Rechtsordnung nicht in gleicher Weise durch Kodifikationen geprägt ist. Dass aber auch innerhalb des *common law* zu differenzieren ist, machen die Beiträge zum englischen und zum US-amerikanischen Recht deutlich. Von den zivil-

rechtlichen Werken in England, die *Stefan Enchelmaier* als Standardliteratur der Rechtspraxis beschreibt, lassen sich überhaupt nur wenige formal als Kommentar einordnen; meistens orientiert sich die Gliederung an Sachgesichtspunkten, und der Gesetzestext tritt auch dort in den Hintergrund, wo das Recht maßgeblich durch *statute law* bestimmt wird (S. 227–276). *Enchelmaier* erklärt dies vor dem Hintergrund, dass nach traditionellem Verständnis der englischen Juristen das Recht vor allem Richterrecht ist, in das der Gesetzgeber nur punktuell eingreift. Diese Sicht verbannt auch die Rechtswissenschaft entweder in einen Bereich fernab der Rechtspraxis oder aber in eine weitgehend nachvollziehende Rolle, die sich auf die Wiedergabe und Einordnung der Rechtsprechung konzentriert.

Für das US-amerikanische Recht geht *Mathias Reimann* von der Beobachtung aus, dass Gesetze und quasi-legislative Texte (*Restatements, Uniform Laws* und *Model Acts*) seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zwar eine bedeutende Rechtsquelle bilden, dass aber der Rechtsdiskurs nach wie vor nicht um diese Texte herum organisiert ist (S. 277–294). Amerikanische Juristen denken weniger vom Gesetz aus als von der Fallentscheidung durch Gerichte; darin trifft sich das historische Erbe des *common law* mit den theoretischen Grundannahmen des Rechtsrealismus. Als Funktionsäquivalente zu Kommentaren nach deutschem Modell stellt *Reimann* zum einen das Genre des *legal treatise* vor, das handbuchartig ein Rechtsgebiet erschließt, zum anderen *annotations* und (zu den quasi-legislativen Texten) offizielle *comments,* die zwar in der äußeren Form zu den Kommentaren gerechnet werden können, aber nur eine beschränkte Funktion haben (nämlich im Fall der *comments* die Erläuterung der Regeln und im Fall der *annotations* die Wissensspeicherung).

Annotierte Gesetzesausgaben kennt auch die kanadische Rechtsliteratur: Diese gehen, wie *Helge Dedek* in seinem Beitrag ausführt, auf die Kodifikationsbewegung zurück, die den *Criminal Code* und im heutigen Quebec den *Code civil du Bas-Canada* hervorgebracht hat (S. 295–316). Neben knappen Annotationen sind dazu auch ausführlichere Kommentare erschienen. Im Zivilrecht ist dieser Zugriff aber im 20. Jahrhundert weitgehend verloren gegangen, und dort, wo Annotationen heute noch existieren, kommt ihnen keine tragende Rolle für den Diskurs zu. Gleichwohl bildet diese textbezogene Erläuterungsliteratur ein bemerkenswertes Moment der kanadischen Rechtskultur; insbesondere spiegelt sich darin der für Quebec charakteristische „bijuralism“, also das Zusammentreffen von *common law* und französischem Zivilrecht.

Den Zusammenhang zwischen Kodifikation und Kommentar unterstreicht auch *Alistair Price* im Blick auf die Rechtsliteratur in Südafrika (S. 317–329). Da eine umfassende Privatrechtskodifikation nicht existiert, wird das Feld überwiegend von Lehrbüchern bestellt, die sich auch um die dogmatische Integration der verschiedenen Quellen der südafrikanischen Mischrechtsordnung bemühen. Je mehr allerdings der Gesetzgeber Teilbereiche des

Rechts neu regelt und damit „mini-codifications“ schafft, desto stärker verbreitet sich auch der juristische Kommentar nach kontinentaleuropäischem Modell. Der relativ geringe Stellenwert, den Kommentare in Südafrika bislang einnehmen, könnte sich also durchaus weiter steigern, gerade mit Sicht auf die erforderliche Harmonisierung im Zusammenspiel neuer und alter Rechtsquellen.

Während in Südafrika eine umfassende Kodifikation des Privatrechts nicht in Sicht ist, bemüht sich Israel bereits seit den 1970er Jahren um die Erstellung eines Zivilgesetzbuchs, das auch die wissenschaftliche Rechtsdogmatik wiederbeleben könnte. So schildert *Talia Einhorn* in ihrem Beitrag, wie die nach der Gründung des Staates Israel entstandene Einzelgesetzgebung zunächst in verschiedenen Formaten kommentiert wurde (S. 331–359). Die meisten dieser Werke sind aber nach 2002 nicht fortgeführt worden; eine Ausnahme bildet lediglich die Kommentarreihe von *Rakover,* die speziell auf die Verknüpfung der israelischen Gesetzgebung mit dem jüdischen Recht der Halacha abzielt. Dieses Projekt belegt die fortwirkende Bedeutung der jüdischen Rechtstradition, die sich seit jeher im Modus der kommentierenden Weiterbearbeitung des überlieferten Rechtsstoffes ausgebildet hat, wie *Einhorn* im Einzelnen ausführt.

Mit dem Beitrag von *Jens Kleinschmidt* zum europäischen Privatrecht kehren wir einerseits nach Europa zurück und verlassen andererseits die nationale Perspektive (S. 361–393). *Kleinschmidt* differenziert zwischen dem *acquis communautaire* der Europäischen Union und dem vor allem aus nichtlegislativen Regelwerken gespeisten *acquis commun.* Als ein maßgeblicher Gesichtspunkt für die Entstehung von Kommentaren erscheint dabei der Anwendungsbezug: Verordnungen werden im Unionsrecht häufiger kommentiert als Richtlinien, die noch eines nationalen Umsetzungsakts bedürfen; und im *acquis commun* erschließen vor allem Sammelbände sowie Hand- und Lehrbücher das Recht, während Kommentare eher selten und hauptsächlich in rechtsvergleichenden Sonderformen existieren. Zielsetzung und Funktionen der Kommentierung unterscheiden sich deshalb von nationalen Kommentaren. Dabei sind, wie auch das Beispiel des Kollisionsrechts zeigt, etliche, aber keineswegs alle Kommentare deutscher Provenienz.

Interessante Besonderheiten der Kommentierung zeigen sich auch im transnationalen Privatrecht, das *Ralf Michaels* in seinem Aufsatz bespricht (S. 395–416). Kommentare zu internationalem Einheitsrecht (etwa zum UN-Kaufrecht) oder zu standardisierten Klauselwerken (wie den *Incoterms*) müssen eine Vielfalt nationaler Anwendungskontexte und häufig verschiedene Sprachfassungen des Referenztextes berücksichtigen. Dies stellt besondere Anforderungen an die Erklärungsleistung des Kommentars und an die (autonome) Konkretisierungs- und Vermittlungsfunktion. Nicht bei allen Kommentaren erwächst daraus eine echt transnational orientierte Methodik; manche bedienen eher nationale (Praxis-)Bedürfnisse. Bei nichtbindenden Refe-

renztexten wie den UNIDROIT-Grundregeln des internationalen Handelsrechts besteht eine Besonderheit bereits darin, dass es sich im Grunde um „Wissenschaft über Wissenschaft“ handelt. In der Verwendung der Kommentarform auf solche Rechtstexte liegt daher immer auch eine produktive Legitimierung der nichtlegislativen Texte.

Über den Bereich des Privatrechts hinaus nimmt *Christian Djeffal* in seinem Beitrag das gesamte Völkerrecht in den Blick (S. 417–439). Eigentümlichkeiten ergeben sich auch hier durch die Art der zugrundeliegenden Rechtsquellen: Schon seit der Kodifikationsbewegung des 19. Jahrhunderts spielen regelförmige wissenschaftliche Entwürfe eine große Rolle für das Völkerrecht, zunächst aus der Feder einzelner Gelehrter, dann zunehmend durch internationale Kooperationen wie am Institut de Droit International; häufig sind die so gefassten Regeln mit kommentierenden Anmerkungen versehen. Neben der Wissenschaft zeichnen auch Organe internationaler Organisationen für Kommentare verantwortlich, sei es begleitend zu einem Entwurf oder Modellabkommen (wie bei der UN-Völkerrechtskommission oder der OECD), sei es im Stadium der Vertragsüberwachung mithilfe von verbindlichen *general comments* (wie beim UN-Menschenrechtsausschuss).

Reinhard Zimmermann beschließt den Band mit einer breit angelegten vergleichenden Zusammenschau der privatrechtlichen Kommentarliteraturen (S. 441–517). Im Panorama der betrachteten Rechtsordnungen wird deutlich, wie unterschiedlich die Gestalt der juristischen Literaturlandschaften tatsächlich ausfällt. Insbesondere liegen zahlreiche Befunde quer zur üblichen Einteilung in Rechtskreise oder Rechtsfamilien. Monokausale Erklärungen vermögen nicht zu begründen, warum sich in einer Rechtsordnung eine nennenswerte Kommentarkultur ausgebildet hat oder dies umgekehrt ausgeblieben ist. Kodifikationen beispielsweise bilden häufig einen entscheidenden Stimulus, sind aber weder eine hinreichende noch eine notwendige Vorbedingung für die Entstehung einer Kommentarkultur. Die deutsche Kommentartradition wird im Ausland und im transnationalen Recht verschiedentlich als Inspirationsquelle herangezogen. Es gibt aber auch in größerem Umfang Kommentarliteratur, die unter funktionalen Gesichtspunkten mit der deutschen nicht vergleichbar ist, insbesondere nur einzelne Funktionen im Rechtsdiskurs erfüllt. Dann übernehmen oft andere Literaturformen komplementäre Aufgaben; etwa dienen mancherorts Enzyklopädien der Wissensorganisation und systematische Lehrbücher der kritischen Reflexion. Insgesamt erweist der internationale Vergleich damit ein äußerst buntes Bild von Verbreitung, Form und Funktionen juristischer Kommentare.

Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs

Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert

Nils Jansen

I. Ausgangspunkt

Juristische Literaturformen spiegeln in spezifischer Weise das methodische Selbstverständnis von Juristen und damit auch ihre Vorstellungen von ihrem Rechtssystem. Beispielsweise repräsentierte die scholastische Standardglosse (*Glossa ordinaria*) die bemerkenswerte Autorität der römischen Rechtstexte an den Rechtsschulen des Mittelalters und die Annahme der dort tätigen Juristen, mit den Mitteln der Textexegese die in diesen Texten geoffenbarten juristischen Wahrheiten sichtbar machen zu können.[1] Ähnlich repräsentieren die Lehrbücher der Pandektistik sowie der deutschen Staatsrechtslehre im 19. Jahrhundert nicht nur organische Systemvorstellungen, wie sie ursprünglich in der Historischen Schule formuliert worden waren, sondern sind zugleich auch ein Ausdruck des Selbstverständnisses einer akademischen Juristenelite, das entstehende Recht ihrer Nation in der Form von Juristenrecht zu positivieren.[2]

---

[1] *N. Jansen,* The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010, 113 ff.; *ders.,* Methoden, Institutionen, Texte. Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster im normativen Diskurs, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 62 ff.; *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 169 f.

[2] *Jansen,* Methoden, Institutionen, Texte (Fn. 1), 55; *H.-P. Haferkamp,* Die Historische Rechtsschule, 2018, 206 ff. m.w.N.

Vor diesem Hintergrund gilt seit dem 19. Jahrhundert für das deutsche Recht der Satz, dass, wo ein Rechtsgebiet kodifiziert wird, der Kommentar als dominante Literaturform auf die Bühne tritt. Solche Kommentare finden sich als Medium der Praxisliteratur bereits in den Partikularrechten des 19. Jahrhunderts.[3] Vor allem gilt dieser Satz aber für das Handels- und das Strafrecht der Kaiserzeit[4] und findet seine Bestätigung mit dem Beginn des 20. Jahrhunderts einerseits im allgemeinen bürgerlichen Recht mit den berühmten Kommentaren zum BGB[5] und andererseits im Staatsrecht mit *Anschütz'* Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung.[6] In der Bundesrepublik schließlich formiert sich auch das im Wesentlichen erst jetzt kodifizierte Verwaltungsrecht in Kommentaren.[7] Wesentliche Daten und Fakten zu diesen Entwicklungen hat *David Kästle-Lamparter* zusammengetragen;[8] seiner Darstellung ist insoweit nichts hinzuzufügen.[9] Interessant ist freilich immer auch das Verhältnis vom Kommentar zu anderen Formen juristischer Standardliteratur, namentlich Hand- und Lehrbüchern. Die entscheidenden Punkte lassen sich im Folgenden in 15 Thesen zusammenfassen.

II. Kommentare und Lehrbücher

These 1: Mit Beginn des 20. Jahrhunderts wurden die maßgeblichen BGB-Kommentare – ebenso wie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Kommentare zum Straf- und Handelsrecht und seit den 1920er Jahren der Kommentar von *Anschütz* zur Weimarer Reichsverfassung[10] – zu *books of authority.*[11]

---

[3] Überblick bei *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 62 ff.

[4] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 69 ff., 215 ff.

[5] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 230 ff.

[6] *G. Anschütz,* Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Mit Einleitung und Erläuterungen, 1919.

[7] *H. Klinger,* Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 1960; *A. Koehler,* Verwaltungsgerichtsordnung, 1960; *F. O. Kopp,* Verwaltungsgerichtsordnung, 1974; *ders.,* Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976. Die vielfältigen besonderen Verwaltungsgesetze des Reichs waren freilich von Anfang an von Praktikern (Ministerialbeamten) kommentiert und fortlaufend mit Hinweisen auf aktuelle Rechtsprechung annotiert worden: *M. Stolleis,* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, 1999, 205 f.

[8] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1).

[9] Für einen Überblick über die Entwicklung der juristischen Literatur in Deutschland im 20. Jahrhundert siehe zudem *D. Willoweit,* Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts, in: ders. (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Geschichte des Verlages C.H. Beck, 2007, 3–61.

[10] *Anschütz,* Verfassung des Deutschen Reiches (Fn. 6).

[11] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 72–76.

Für die deutschen Juristen war es im 20. Jahrhundert immer selbstverständlich, dass eine Kodifikation sich nur dann richtig anwenden ließ, wenn man mit dem systematisch-begrifflichen Rahmen des Gesetzes und mit der einschlägigen Rechtsprechung vertraut war. Kommentare stellen dies für die Gesetzesanwendung erforderliche dogmatische Wissen in einfach zugänglicher Form bereit. Das geltende Recht erschließt sich dem Juristen also nicht einfach aus dem Gesetz, sondern erst aus dem Gesetzeskommentar.

These 2: Die Literaturform des Kommentars repräsentiert medial den Übergang vom gemeinen „Pandektenrecht" bzw. vom „gemeinen deutschen Staatsrecht"[12] zum kodifizierten Recht.[13] Dabei bildet der Kommentar seit Beginn des 20. Jahrhunderts eine zentrale Literaturform des deutschen Dogmatikdiskurses und nimmt damit eine Position ein, die zuvor maßgeblich von den großen Pandekten- und Staatsrechtslehrbüchern wie insbesondere *Windscheid*[14] und *Laband*[15] besetzt worden war.[16]

Die hohe Bedeutung der Kodifikationskommentare ist also nicht zuletzt auch Ausdruck der Umstellung des Privatrechts- und Staatsrechtsdiskurses auf das staatlich erlassene Gesetzesrecht. Diese Umstellung lässt sich freilich nicht einfach als eine selbstverständliche Konsequenz der Kodifikation erklären,[17] sondern beruhte vielmehr auf einem bewussten Perspektivenwechsel, auf den an dieser Stelle allerdings nicht näher einzugehen ist.[18]

These 3: Der Kommentar vermochte die ehemalige Position der Pandektenlehrbücher lange Zeit nicht vollständig auszufüllen. Neben dem Kommentar behielt nämlich bis in die frühen 1990er Jahre hinein das „große Lehrbuch"

---

[12] Dazu *M. Stolleis,* Zur Bedeutung der Rechtswissenschaft für die Dynamik der Rechtsordnung im 19. und 20. Jahrhundert, in: S. Dauchy/J. Monballyu/A. Wijffels (Hg.), Auctoritates. Xenia R.C. Van Caenegem Oblata, 1997, 118–132, 124 f.; *C. Schönberger,* Der „German Approach". Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, 19 ff.

[13] Vgl. *C. Crome,* System des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Einleitung und Allgemeiner Teil, 1900, 58: „Die eigentliche Litteratur des Reichscivilrechts beginnt mit Kommentaren zum Bürgerlichen Gesetzbuch".

[14] *B. Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt, 1862 ff. (7. Aufl., 1891).

[15] *P. Laband,* Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bde., Tübingen bzw. Freiburg, 1876–1882.

[16] Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 65, 75 f., 232.

[17] Das erhellt schon daraus, dass die älteren Kodifikationen Preußens oder der *Code civil* in den Rheinischen Ländern keine solche Umstellung des Privatrechtsdiskurses zur Folge gehabt hatten; näher *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 1), 45 ff.

[18] Dazu *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 1), 45 ff. m.w.N. Die kontroversen Diskussionen und die abschließende Entscheidung der deutschen Zivilrechtslehrer auf der Eisenacher Konferenz 1896 zeichnet nach *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 69 f., 231 f.

bzw. Handbuch einen zentralen Platz innerhalb der juristischen Standardliteratur.[19] Zu *dem* Leitmedium des Privatrechtsdiskurses wurde der Kommentar erst am Ende des 20. Jahrhunderts.

These 4: Kommentare und Lehrbücher verfolgten nach 1900 verschiedene Funktionen, nämlich die „Einzelauslegung des Gesetzbuchs" einerseits und die dogmatische Systembildung zum Zwecke der universitären Lehre andererseits.[20] Während der Kommentar Wissenschaft und Praxis verbinden soll-

---

[19] Dazu zählen zunächst *K. Cosack,* Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2 Bde, Jena, 1898, 1900 (6. Aufl., 1913); *Crome,* System (Fn. 13), 4 Bde., 1900–1908 (dies Werk galt früh als besonders gewichtig: *P. Oertmann,* Civilistische Rundschau, Archiv für Bürgerliches Recht 22 [1903], 313–396, 331 f.); *F. Endemann,* Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. und 4. Aufl., Berlin, 1898 (anders angelegt und wissenschaftlich anspruchslos waren die Vorauflagen, noch auf Grundlage der Reichstagsvorlage des BGB: *F. Endemann/C. Gareis,* Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin, 1896); *L. Enneccerus,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1908; 4. und 5. Aufl., 1909 (später fortgeführt von *H.C. Nipperdey:* Bd. 1: Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 1931; und *H. Lehmann:* Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., 1930); *J. Kohler,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1906–1915; *A. von Tuhr,* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910. Später folgen die großen grünen Lehrbücher des Beck-Verlags; zum bürgerlichen Recht also *K. Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 1953; *ders.,* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2. Besonderer Teil, 1956; *ders.,* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, teilweise bis heute fortgeführt: *K. Larenz/M. Wolf,* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016; *K. Larenz/C.-W. Canaris,* Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2. Besonderer Teil, 2. Halbbd., 1994. Vgl. auch den Überblick bei *S. Hofer,* Haarspalten, Wortklauben, Silbenstechen? – 100 Jahre Lehrbücher zum BGB: eine Lebensbilanz, Juristische Schulung 1999, 112–117. In diesen Kontext gehören aber auch die seit 1979 erschienenen großen Handbücher des Schuldrechts aus dem Verlag Mohr Siebeck, die eine „Stabilisierung neuer Inhalte im gefügten (offenen) System" des Schuldrechts erreichen wollten: *J. Gernhuber* (der Herausgeber der Reihe), Vorwort des Herausgebers, in: *H. Lange,* Schadensersatz, 1979, VI; bekannt geworden sind – neben dem Band zum Schadensersatz (3. Aufl. von *G. Schiemann,* 2003) – *J. Gernhuber,* Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 1983; *ders.,* Das Schuldverhältnis, 1989; *U. Huber,* Leistungsstörungen, 1999; *P.W. Heermann,* Geld und Geldgeschäfte, 2003; *D. Reuter/M. Martinek,* Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983 (2. Aufl., 2016).

[20] *Oertmann,* Civilistische Rundschau (Fn. 19), 325: „Erfassung der tieferen Zusammenhänge und allgemeinen Prinzipien"; *E. Rabel,* Rezension: J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 7 (1915), 508–515, 511: „dem Unterricht, dem wissenschaftlichen Fortschritt […] dienen wollende Bücher" vs. „Auskunft für Praktiker"; *Crome,* System I (Fn. 13), V f. (Vorwort) und näher 59: „Detailentwicklung" im Kommentar im Gegensatz zu „Ueberblick"; „Beherrschung des Ganzes"; „Verständnis des Wesens und richtigen Verhältnisses der Begriffe"; „Fortbildung des Rechts im großen Stile" im Lehrbuch; ähnlich *Enneccerus,* Lehrbuch[3] (Fn. 19), Bd. I/1: Einleitung, Allgemeiner Teil, Vorwort; *Kohler,* Lehrbuch (Fn. 19), Bd. 1: Allgemeiner Teil, 1906, 135 ff.; *P. Heck,* Grundriß des Schuldrechts, 1929 (Nachdruck 1974), V ff. (Vorwort).

te,[21] galt das Lehrbuch als Hauptmedium genuin wissenschaftlicher Rechtsdogmatik.[22] Für die wissenschaftlich-dogmatische Behandlung des Rechts schien die Kommentarform allgemein als „ungünstig“;[23] dementsprechend erwartete man dogmatische Innovationen und Beiträge zur wissenschaftlichen Rechtsfortbildung nicht im Kommentar, sondern in der Lehrbuchliteratur.[24]

III. Gesetzeskommentare

These 5: Der Kommentar fand seine heute übliche Form erst im Laufe des 20. Jahrhunderts.[25] Im 19. Jahrhundert war der Großteil der Kommentare zunächst annotierend angelegt, und auch unter dem BGB folgten maßgebliche Kommentare bis in die 1920er Jahre in ihrem Aufbau dem Wortlaut der kommentierten Norm.[26] Demgegenüber setzen sich im 20. Jahrhundert systematisierende Kommentierungsformen durch; stilprägend wurden hier insbesondere die Kurzkommentare *Staubs* und *Baumbachs,* die in übersichtlich strukturierter Form die komplexen Wissensbestände von gelehrter Wissenschaft und Praxis zu integrieren vermochten,[27] sowie die von Anfang an systematisch angelegten mehrbändigen Kommentare etwa von *Planck.*[28] Heute gelten insoweit der Palandt sowie die Münchener Kommentare[29] als paradigmatisch.[30]

---

[21] *Kästle-Lamparter,* Kommentare (Fn. 1), 236 f.

[22] *Kästle-Lamparter,* Kommentare (Fn. 1), 238 m.N.

[23] *M. Stenglein,* Kommentar zur Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, Nördlingen, 1885, III (Vorwort).

[24] *Crome,* System I (Fn. 13), 59; *Rabel,* Rezension Staudinger (Fn. 20), 510: der Kommentar sei „nicht die Stätte für umwälzende Theorien“. Wesentliche dogmatische Innovationen wurden freilich zunächst in Monographien oder Aufsätzen formuliert, fanden dann aber rasch ihren Weg in die Lehrbücher.

[25] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 13), 209–288; für das öffentliche Recht *Stolleis,* Geschichte III (Fn. 7), 206.

[26] Solche Kommentare erläutern bei § 823 BGB beispielsweise Schuldfragen (Vorsatz und Fahrlässigkeit) vor den dogmatisch vorrangigen Tatbestandsmerkmalen der geschützten Rechtsgüter und der Rechtswidrigkeit. So beispielsweise noch *O. Warneyer,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2 Bde., 1923. Bei der Kommentierung zu § 823 lautet die Gliederung: „I. Vorsatz, Fahrlässigkeit; Anwendung des § 254. – II. Widerrechtliche Verletzung; insbesondere durch Unterlassung. Ausschluß der Widerrechtlichkeit. – III. Geschützte Rechtsgüter nach Abs. 1. – IV. Schutzgesetze nach Abs. 2. – Verschulden im Falle des Abs. 2. – VI. Schadensersatz. – […]“. Ebenso insbesondere auch der Reichsgerichtsräte-Kommentar: *G. Hoffmann et al.* (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. 1, 1910, § 823.

[27] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 256 f.

[28] *G. Planck* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Berlin, 1897 ff. Bereits in der ersten Auflage erscheint hier die Kommentierung des § 823 BGB systematisch binnengegliedert, folgt also nicht dem Wortlaut der Norm; nach Ausführungen zur

These 6: Trotz der bei *Staub* programmatischen,[31] seither stereotyp wiederholten[32] Formel, der Kommentar solle gleichermaßen Bedürfnissen der Praxis und der Wissenschaft sowie der Lehre dienen,[33] war der moderne Gesetzeskommentar immer ein Format, das durch seine Ausrichtung an der juristischen Praxis charakterisiert war[34] und deshalb „seine Grenzen […] in dem Zweck [fand], der Praxis ein Nachschlagebuch zu bieten."[35]

Wissenschaft und Praxis in einen Gegensatz zu stellen, ist freilich gerade in der gemeinrechtlichen Tradition des deutschen Rechts nicht selbstverständlich. Denn das gelehrte Recht war an den Rechtsschulen Oberitaliens entstanden, also ein Produkt der Rechtswissenschaft. Bis weit in die Neuzeit blieb die Universität, nicht das Gericht, seine zentrale Institution; und die wissenschaftlichen Traktate von Professoren bestimmten die Sprache der Jurisprudenz und damit das Denken von Juristen.[36] Zudem streben bis heute viele Juristen auch ohne akademische Ambitionen eine Promotion als wissen-

---

Gesetzgebungsgeschichte (1.) finden sich hier zu Abs. 1 Erläuterungen zu den Rechtsgütern (2.a), der Widerrechtlichkeit (2.b), Vorsatz und Verschulden (2.c).

29 Zuerst *F.-J. Säcker* (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1978–1983.

30 *G. Brudermüller et al.,* Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., 2020. Vgl. exemplarisch die übersichtlich strukturierte Kommentierung des § 823, die zunächst dem Tatbestandsaufbau des Abs. 1 (nicht dem Wortlaut folgt): Rechtsgüter, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Verkehrspflichten, dann für Abs. 2 das Schutzgesetz erläutert, um schließlich zu einer Reihe ausgelagerter Sonderprobleme (Persönlichkeitsrecht, Gewerbebetrieb, Arzt- und Produkthaftung) zu kommen. Wo einschlägig, ist höchstrichterliche Rechtsprechung nachgewiesen, hervorgehoben durch einen Fettdruck des Publikationsjahrs; vereinzelt finden sich auch Hinweise auf die instanzgerichtliche Rechtsprechung. Hinweise auf einschlägige Literatur finden sich insbesondere bei Zweifels- und in der Praxis ernsthaft streitigen Fragen.

31 *H. Staub,* Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Berlin, 1894, I (Vorrede zur 1. Aufl.): „wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig".

32 *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 9), 23 ff.

33 *Warneyer,* Kommentar (Fn. 26), Vorwort, III: „wissenschaftliche Durchdringung und vollständige Widergabe des gesamten Auslegungsmaterials bei knapper Fassung"; *J. von Staudingers* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 5. und 6. Aufl., 1910, IX (aus dem Vorwort zur 3. und 4. Aufl.): „wissenschaftliche Durchdringung des Stoffes bei sorgfältigster Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis"; *P. Oertmann,* Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., 1910, IV (Vorwort zur 1. Aufl.): der Verfasser habe sich „bemüht, ein […] Gebiet des neuen Rechtes sowohl wissenschaftlich wie für die Bedürfnisse der Praxis zu fördern". Weitere Nachweise (aus Rezensionen zum Staudinger) bei *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 254.

34 Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 215 ff., 217: „von Praktikern für Praktiker geschrieben".

35 *Rabel,* Rezension Staudinger (Fn. 20), 512; Nachweise zum Selbstverständnis der Kommentarliteratur sogleich Fn. 43.

36 *N. Jansen,* Recht und gesellschaftliche Differenzierung. Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft, 2019, 37 ff., 222 ff.

schaftliches Distinktionsmerkmal an; führende Juristen der Praxis hatten daher im 19. und 20. Jahrhundert zumindest eine wissenschaftliche Arbeit verfasst. Gleichwohl hatten sich Wissenschaft und Praxis auch in Deutschland bereits am Ende des 19. Jahrhunderts sichtbar auseinanderentwickelt;[37] und mit der Kodifikation des Rechts und dem Aufstieg der Rechtsprechung drohte die Wissenschaft ihre Führungsposition bei der Rechtsfortbildung zu verlieren.[38] Neben der Rechtswissenschaft hatten sich in den Ministerien, an den Gerichten und auch in der Anwaltschaft einflussreiche juristische Eliten etabliert. Wenn *Gottlieb Planck* deshalb durchaus selbstbewusst klarstellte, dass sein Kommentar gerade „nicht […] eine wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Rechts“ zu bieten beanspruchte,[39] so hat dies die Autorität seines Kommentars niemals gefährdet.

Gewiss haben Professoren den Gesetzeskommentar vor diesem Hintergrund als „wissenschaftlich tiefer stehende Darstellungsform“ charakterisiert;[40] maßgebliche Kommentatoren begriffen das nicht zu Unrecht als Abwertung und haben sich entsprechend dagegen verwahrt.[41] Im Rahmen einer historisch vergleichenden Analyse kann es um solche Wertungen freilich von vornherein nicht gehen. Entscheidend ist, dass Lehrbücher auf den universitären Diskurs zielten, also ihrer Form nach primär zu Studenten und Professoren sprachen,[42] während auch die großen Kommentare von Anfang an typi-

---

[37] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 282 ff. Vom BGB und den Kommentaren erhoffte man nicht zuletzt eine Überwindung dieses als unglücklich wahrgenommenen Zustands.

[38] *Jansen,* Recht und gesellschaftliche Differenzierung (Fn. 36), 279 ff.

[39] *Planck,* Bürgerliches Gesetzbuch[1] (Fn. 28), Bd. 1, III (Vorwort zur ersten Auflage). Scharf kritisch deshalb *J. Kohlers* Rezension der ersten Auflage des Werks: Juristisches Literaturblatt 14 (1902), 268–270, 269 f. mit dem Vorwurf, der Kommentar mache die verbindenden Gedanken, die den Einzelvorschriften des Gesetzes zugrunde lägen, nicht sichtbar.

[40] *Crome,* System I (Fn. 13), 59 („wie jede Exegese“); ganz ähnlich *K. Binding,* Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zueinander, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1 (1881), 4–29, 22.

[41] *H. Staub,* Juristische Rundschau, Deutsche Juristen-Zeitung 5 (1900), Sp. 409 f. Vgl. auch *E. Strohal,* in: ders. (Hg.), Planck’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., 1913–1930, Bd. 1, VII (Vorwort): Planck sei mit seinem Kommentar zum „erste[n] wissenschaftliche[n] Verkünder des neuen Rechts“ geworden.

[42] *Cosack,* Lehrbuch I[6] (Fn. 19), III (Vorwort): „Dies Buch, obschon es auch in der Praxis der Gerichte, Anwälte und Notare viel benutzt wird, ist doch in erster Reihe nicht für praktische, sondern für Lehrzwecke bestimmt: es soll junge Juristen, Studierende und Referendare, in das Studium des bürgerlichen Rechts einführen“; *Endemann,* Lehrbuch (Fn. 19), III (Vorwort); *Enneccerus,* Lehrbuch I/1[3] (Fn. 20), Vorwort: das Buch sei „in gleicher Weise für das Rechtsstudium wie für die praktische Anwendung des Rechts bestimmt“, denn auch der Praktiker solle immer das „ganze System“ im Auge behalten; *Larenz,* Schuldrecht Allgemeiner Teil (Fn. 19), V (Vorwort): im Vordergrund stehe ein pädagogisches und methodisches Anliegen; *ders.,* Schuldrecht Besonderer Teil (Fn. 19), V

scherweise an den Informationsbedürfnissen der juristischen Praxis ausgerichtet waren[43] und bis heute an dieser Ausrichtung festhalten.[44] Zwar fanden sich unter den Kommentatoren bereits früh auch Professoren, doch blieben diese in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vereinzelt.[45] Vor allem aber

(Vorwort): die Zielsetzung des Buchs erfordere eine Beschränkung des Stoffs, damit der Leser „das Ineinandergreifen der allgemeinen und der speziellen Vorschriften verstehen […] lerne"; *ders.,* Allgemeiner Teil (Fn. 19), Vorwort: das Buch verbinde ein pädagogisches Anliegen mit dem wissenschaftlichen Ziel, das „innere System", „die das Privatrecht als solches fundierenden Sinnzusammenhänge", sichtbar zu machen.

[43] *Stenglein,* Strafprozessordnung (Fn. 23), III (Vorwort): „die Welt [bestehe] nun einmal nicht nur aus Lehrern und Lernenden, sondern zum größten Teil aus Ausübenden"; daher die Notwendigkeit von Gesetzeskommentaren; *G. Planck,* in: ders., Bürgerliches Gesetzbuch[1] (Fn. 28), Bd. 1, III (Vorwort zur ersten Auflage): „Das vorliegende Werk […] will in der Form des Kommentars die Einführung des Gesetzbuchs in die Praxis erleichtern"; *A. Düringer/M. Hachenburg,* Das Handelsgesetzbuch […] auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert, Bd. 2, 1901, V (Vorwort): „Die Verfasser […] haben sich bei ihrer Behandlung des Stoffes im wesentlichen durch die Rücksicht auf das praktische Bedürfnis leiten lassen. Denn die bezeichneten Materien erfahren tagtägliche Anwendung im kaufmännischen Verkehr und in der Praxis der Kammern für Handelssachen"; Reichsgerichtsräte-Kommentar I (Fn. 26), VII (Vorwort): „Die vorliegende Bearbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vornehmlich den Bedürfnissen der Praxis gewidmet."

[44] *F.-J. Säcker,* in: MüKo BGB[1] (Fn. 29), Bd. 1, VII (Vorwort): „Der Münchener Kommentar versteht sich vor allem als Kommentar für die juristische Praxis". Etwas anders liegt es freilich bei *Horst Dreiers* Kommentierung des Grundgesetzes (Grundgesetz: Kommentar, 1996), der als ein reiner Professorenkommentar angelegt ist, sich nicht durch seine Ausrichtung an der Praxis definiert und seine Leserschaft, soweit ersichtlich, tatsächlich gleichermaßen in der Wissenschaft und in der (verhältnismäßig überschaubaren) verfassungsgerichtlichen Praxis findet.

[45] Bekannt war insbesondere *Anschütz* als maßgeblicher Kommentator der Weimarer Reichsverfassung (Fn. 6). Im Planck, der als besonders „gelehrt" galt (*J.F. Hedemann,* Zivilistische Rundschau 1908–1909, Archiv für Bürgerliches Recht 34 [1910], 115–208, 196), kommentierte zunächst überhaupt kein Professor (Planck selbst hatte im Alter von 65 Jahren nach langjährigen Tätigkeiten als Richter, Politiker und Mitglied diverser Gesetzeskommissionen das Amt eines ordentlichen Honorarprofessors in Göttingen angetreten: *W. Schubert,* Planck, Gottlieb, in: Neue Deutsche Biographie 20 [2001], 496–497), im Staudinger die Professoren Loewenfeld und Riezler (Bd. 1), wobei Loewenfeld auch als Anwalt praktizierte; die übrigen Bände waren in Praktikerhand. Ab der 3./4. Aufl. kam Kuhlenbeck hinzu, ein Anwalt aus Jena, der vor seiner Anwaltstätigkeit Professor in Lausanne gewesen war. Eine echte Ausnahme bildeten die im Heymanns-Verlag erschienenen Kommentare zum BGB (Oertmann: Schuldrecht sowie später auch der Allgemeine Teil; Biermann: Sachenrecht; von Blume und Opet: Familienrecht; Frommhold: Erbrecht); hier kommentierten Professoren jeweils ein Buch des BGB, wobei diese Kommentare unter dem Namen ihrer Verfasser als individuelle Werke erschienen. Als Oertmann ab der 2. Auflage den Allgemeinen Teil von Gareis übernahm, blieb dementsprechend „nichts stehen"; die Literatur wollte „besser von einer Erstauflage" reden: *Hedemann, loc. cit.,* 197 f. Für einen Überblick über die ersten BGB-Kommentatoren *H. Mohnhaupt,* Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897–1914), in: U. Falk/H. Mohnhaupt

wurden Professorenkommentare nur erfolgreich, wenn sie in erster Linie für Richter und Anwälte geschrieben waren.[46] Es bildet deshalb auch keinen Zufall, dass akademischer angelegte Kommentare in Vergessenheit gerieten,[47] und dass die wesentlichen Innovationen in der Entwicklung des Kommentars von Praktikern (*Olshausen;*[48] *Staub; Baumbach*) ausgegangen sind,[49] die Elementartechniken einer „wissenschaftlichen" Jurisprudenz (Formulierung der Grundgedanken einer Vorschrift bzw. eines Instituts; systematische Gliederung der Darstellung) für die Zwecke ihrer Kommentare nutzbar machten.[50]

These 7: Nach 1900 galt Kommentieren zunächst als eine Art juristisches (Kunst-)Handwerk. Angesichts der Informationsfunktion des Kommentars kam (und kommt) es entscheidend auf die praktische Brauchbarkeit der Stoffentfaltung an. Von „eigenen Ideen" und sonstigen Spuren individueller Theoriegestaltung galt es Kommentare deshalb tunlichst freizuhalten.[51]

(Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000, 495–531, 507 ff.

[46] *Kopp,* Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 7), V: „Der hiermit vorgelegte Kommentar […] ist wie der […] Kommentar zur VwGO vor allem für die Praxis, für den Beamten, den Anwalt und den Richter […] geschrieben"; ähnlich etwa *H.D. Jarass/B. Pieroth,* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1989, V (Vorwort). Freilich finden sich durchaus Ausnahmen; so beanspruchte *Anschütz* von Anfang an, „ein Lehrbuch [zu] sein": Verfassung des Deutschen Reiches (Fn. 6), 5 (Vorwort); ähnlich *O. Jauernig,* Bürgerliches Gesetzbuch, 1979, V (Vorwort).

[47] Das gilt insbesondere für die BGB-Kommentare von *F. Schollmeyer,* Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 1900; und *E. Hölder,* Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900; dazu *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 9), 26 f.

[48] *J. von Olshausen,* Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2 Bde., Berlin, 1880, 1883.

[49] Justus von Olshausen war Richter am Landgericht in Berlin, Hermann Staub Rechtsanwalt und Adolf Baumbach Senatspräsident am Kammergericht; zum Ganzen *J. Thiessen,* „Ein ungeahnter Erfolg". Zur (Rezeptions-) Geschichte von Hermann Staubs Kommentaren, in: T. Henne/R. Schröder/J. Thiessen (Hg.), Anwalt – Kommentator – „Entdecker". Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag, 2006, 55–108, 59 ff., 86 ff.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 73 ff., 224 ff.; *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 9), 28 ff. Verlegerischer *spiritus rector* der Kurzkommentare Baumbachs war der jüdische Verleger Otto Liebmann, der seinen Verlag während des Dritten Reichs an den Beck-Verlag verlor; kontrovers dazu *U. Wesel/H.D. Beck et al.* (Hg.), 250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag C.H. Beck 1763–2013, 131 ff.; *S. Rebenich,* C.H. Beck 1763–2013. Der kulturwissenschaftliche Verlag und seine Geschichte, 2013, 368 ff.

[50] Olshausen wird insbesondere die Technik zugeschrieben, der Kommentierung eine knappe Erläuterung der Grundgedanken einer Vorschrift voranzustellen: *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 220 ff. Zum Vorbild für die modernen Kommentare wurde dann insbesondere Staubs systematisch binnengegliederter ADHGB-Kommentar (Fn. 31) (1. Aufl., 1893); näher *Kästle-Lamparter, loc. cit.,* 71 f., 224 ff. m.w.N.

Nur deshalb konnten bei den häufigen Neuauflagen des Staudingers die neuen Autoren regelmäßig die zunehmend detaillierten Kommentierungstexte ihrer Vorgänger übernehmen, ohne dass man das irgendwie als anstößig empfunden hätte.[52] Bis heute halten die deutschen Verlage an dieser Praxis fest.[53] Zu Beginn des Jahrhunderts tauchten die individuellen Verfasser einzelner Kommentierungen in den von Autorenkollektiven verfassten Kommentaren ohnehin nicht mit Namen auf.[54] Man zitierte die Kommentare üblicherweise einfach unter dem Namen des Herausgebers, ohne Nennung des einzelnen Kommentators.[55] Erst seit den 1950er Jahren hat sich diese Praxis allmählich geändert,[56] so dass einzelne Kommentatoren als Individuen sichtbar werden.

---

[51] *Rabel,* Rezension Staudinger (Fn. 20), 509: „Übel" der „Subjektivität". Die Charakterisierung der frühen Kommentare als Leistungen individueller Wissenschaft (so *Willoweit,* Juristische Literatur [Fn. 9], 26 f.) wird dem Verständnis der Zeit deshalb nicht gerecht.

[52] Zum raschen Auflagenwechsel als Erfolgsrezept des Staudinger *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 254 f. *Hedemann* monierte zwar, der Benutzer werde „unruhig", wenn der „leitende Kommentar alle zwei oder drei Jahre" wechsele, zumal es inhaltlich lediglich zu „Detailveränderungen" gekommen sei: Zivilistische Rundschau (Fn. 45), 195 f. An den Bearbeiterwechseln und der unklaren Autorschaft an den Texten störte er sich indes nicht.

[53] Nach den von mir eingesehenen Verlagsverträgen der Häuser Beck, Mohr Siebeck und de Gruyter ist jeweils eine vollständige Rechteübertragung des Autors und die Befugnis des Verlags geregelt, die Kommentierung, sofern der Autor diese nicht weiterführen kann oder mag und gegebenenfalls in Absprache mit dem Autor, einem Dritten zu übertragen. Der Autor wird dabei anteilig am Honorar der Folgeauflage beteiligt, hat aber keine Kontrolle über das weitere Schicksal seines Textes und auch kein Recht auf Nachweis seiner ursprünglichen Autorschaft.

[54] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 242. Im Planck und im Staudinger waren die einzelnen Bearbeiter nur im Vorwort genannt; jedenfalls war ihr Name nicht bei der jeweiligen Kommentierung (etwa in einer Fußzeile) genannt, wie das heute üblich ist. Im Planck hielt man an dieser Praxis auch in der vierten Auflage fest, obwohl der Herausgeber *Strohal* hier einleitend betonte, dass „jeder der Herren Mitarbeiter […] auf eigenen Füßen [stehe] und […] lediglich seine Ansicht" vertrete: Planck/*Strohal* (Fn. 41), VII (Vorwort).

[55] So etwa 1910 bei *Oertmann,* Schuldverhältnisse$^{3/4}$ (Fn. 33); 1910 im Staudinger$^{5/6}$ (Fn. 33), bei Nachweisen aus dem Planck; 1923 in *Warneyer,* Kommentar (Fn. 26).

[56] Im „Erman" war die Eigenverantwortung jedes Autors seit der ersten Auflage 1952 Programm: *W. Erman,* Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1952, III (Vorwort); entsprechend waren hier von Anfang an die Autorennamen in der Fußzeile genannt. Der „Palandt" nennt den Bearbeiter in der Kopfzeile seit der 12. Auflage 1954; im von *W. Siebert* verantworteten „Soergel/Siebert" (Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen) erscheinen die Autorennamen seit der 9. Auflage 1959. Demgegenüber verzichtete der Verlag beim Staudinger noch in der 11. Auflage (1967 ff.) darauf, den Kommentatorennamen in der Kopf- oder Fußzeile zu nennen; hier erschienen die Bearbeiter erst seit der 12. Auflage (1980 ff.).

These 8: Kommentare setzen das System des Gesetzes voraus und schließen daran an.[57] Auch systematisch angelegte Kommentare wollen nicht eigene Systeme entwickeln, sondern das System des Gesetzes entfalten.[58]

Die dogmatisch-systematische Leistung solcher Kommentare besteht in erster Linie in einer Binnenstrukturierung der Tatbestände der kommentierten Vorschriften sowie in der genauen Formulierung von Fallgruppen und in der Präzisierung der Gesetzesterminologie. In diesem Sinne sind Kommentare immer an der dogmatischen Oberfläche des Rechts geblieben; sie gewannen im Laufe des 20. Jahrhunderts freilich zunehmend an juristischer Professionalität.[59]

IV. Lehrbücher

These 9: Das Lehrbuch bildet zu Beginn des 20. Jahrhunderts das Normalformat einer genuin wissenschaftlichen Rechtsdogmatik, wie sie typischerweise von Professoren betrieben wurde. Hier führte eine neue Autorengeneration die Traditionen der großen Lehrbücher zum Pandektenrecht und zu den Landesrechten zusammen, die im 19. Jahrhundert zu maßgeblichen Autoritäten des Gemeinen Rechts[60] bzw. der Landesrechte[61] geworden waren.
Die neuen Lehrbücher zielten freilich nie auf eine Weiterführung des alten Pandektensystems,[62] vielmehr war ihre Dogmatik von Anfang an innovativ angelegt: Es ging um „Prinzipienbildung", um „juristische Konstruktion"[63] sowie immer auch um die Fortbildung des Rechts;[64] ihr Gegenstand bestand dabei darin, das „innere System"[65] des BGB als System von Prinzipien zu

---

[57] *Rabel,* Rezension Staudinger (Fn. 20), 512: „dem Gesetz folgende Anordnung des Stoffes".

[58] Konzediert bei *Staub,* Juristische Rundschau (Fn. 41), 410, der freilich bestritt, dass die Systeme der Lehrbuchverfasser gegenüber dem des Gesetzes den Vorzug verdienten. Vgl. zur Methode Staubs *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 3), 226 f.

[59] Insoweit treffend *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 9), 18, allerdings mit verkürzender Gleichsetzung von Professionalität und Wissenschaftlichkeit.

[60] Statt aller *G.F. Puchta,* Lehrbuch der Pandekten, Leipzig, 1838 (mehrere Auflagen, später hg. v. A.F. Rudorff); *Windscheid,* Pandektenrecht (Fn. 14); nach dem Tode Windscheids hatte T. Kipp das Werk bis zur 9. Aufl. 1906 fortgeführt und dabei neben den unveränderten Text von Windscheid Hinweise zum neuen Recht eingefügt.

[61] Besonders maßgeblich etwa: *C.G. Wächter,* Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, 2 Bde., Stuttgart, 1842; *H. Dernburg,* Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 3 Bde., Halle, 1871 ff. (4. Aufl., Halle, 1884 ff.).

[62] Vgl. *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 9), 42 ff.

[63] *Kohler,* Lehrbuch I (Fn. 20), 136; ähnlich *Crome,* System I (Fn. 13), V f.

[64] *Enneccerus,* Lehrbuch I/1^{3} (Fn. 20), Vorwort; *Crome,* System I (Fn. 13), 59.

[65] *P. Heck,* Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, 139 ff., 142 f.; *Larenz,* Allgemeiner Teil (Fn. 19), V (Vorwort); *C.-W. Canaris,* Systemdenken und Systembegriff

verstehen,[66] also die das Gesetz tragenden allgemeinen Grundsätze und Prinzipien zu rekonstruieren und die geistigen Verbindungen zwischen einzelnen Gesetzesbestimmungen und den allgemeinen Prinzipien sichtbar zu machen.[67] Später wurden die Lehrbücher zudem zu einem Format, in dem sich neue methodische oder wissenschaftliche Vorstellungen von Rechtsdogmatik systematisch entfalten ließen.[68] Vollständigkeit in Einzelfragen haben auch die großen Lehrbücher niemals angestrebt;[69] Hinweise auf die Kasuistik dienten als Beispiele, nicht der lückenlosen Information.[70]

V. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft

These 10: Nach 1900 entwickeln sich zwischen den einzelnen BGB-Kommentaren zunächst erhebliche Unterschiede in ihrem Rechtsprechungsbezug und damit in ihrem Verständnis vom geltenden Recht.

---

in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, 35, 40 ff. und *passim; K. Larenz/C.-W. Canaris,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, 302 ff. Der Begriff stammt freilich aus dem 19. Jahrhundert: *Haferkamp,* Historische Rechtsschule (Fn. 2), 189 m.w.N.

[66] *Endemann,* Lehrbuch (Fn. 19), III (Vorwort): „durch die Darstellung des Zusammenhanges der Gesetzesnormen den Lernenden innerlich für das Verständniß der Neuordnung […] gewinnen"; *Kohler,* Lehrbuch I (Fn. 20), 135: „[…] wie diese verschiedenen Prinzipien wieder ein System bilden, wie sie sich gegenseitig verhalten und wiederum unter höhere Prinzipien gebracht werden können".

[67] Nachweise oben Fn. 20 und insbesondere *Kohler,* Lehrbuch I (Fn. 20), 135 ff.: „Das Recht als Wissenschaft und Technik". Kohler rekurrierte hier nicht nur mit dem Konzept der dogmatischen Konstruktion, sondern auch mit einer Chemie-Metaphorik und dem Ideal „schöpferischer Phantasie" auf das Wissenschaftsprogramm des frühen Rudolf Jhering: *R. Jhering,* Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil I, 2. Aufl., Leipzig, 1866, 40; *ders.,* Unsere Aufgabe, [Jherings] Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1 (1857), 1–52, 10. Zum Hintergrund näher *N. Jansen/M. Reimann,* Begriff und Zweck in der Jurisprudenz. Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering, ZEuP 26 (2018), 91–129, 98, m.w.N.

[68] *Heck,* Schuldrecht (Fn. 20), V: „Die methodischen Absichten [des Grundrisses, N.J.] bestehen in der folgerichtigen Durchführung derjenigen rechtswissenschaftlichen Methode, die ich unter der Bezeichnung *Interessenjurisprudenz* vertrete. Wir leben in methodischer Hinsicht in einer Zeit des Übergangs. […] Gerade die systematische Durcharbeitung des Schuldrechts bestätigt diese allgemeine Beobachtung" der Nachwirkungen der „Begriffsjurisprudenz"; ähnlich *ders.,* Grundriß des Sachenrechts, 1930, III ff.; siehe auch *J. Esser,* Lehrbuch des Schuldrechts, 1949. Sowohl Heck als auch Esser verschoben ihre dem „eigentlichen theoretischen Blickwinkel" (*Esser*) geschuldeten Ausführungen von Anfang an in kleingedruckte Passagen und machten damit das didaktisch-systematische Elementarwissen gleichsam als dogmatisches Gerüst sichtbar.

[69] *Cosack,* Lehrbuch I[6] (Fn. 19), III (Vorwort).

[70] *Cosack,* Lehrbuch I[6] (Fn. 19), IV (Vorwort).

Dabei bestand offenbar alsbald ein erhebliches Praxisbedürfnis nach einer einfach zugänglichen Aufbereitung der einschlägigen Rechtsprechung. Anschaulich zeigt das etwa der 1923 erstmals erschienene Kommentar von *Warneyer,* der zwar durchgehend die Standardliteratur nachweist, jedoch, wo Rechtsprechung vorhanden ist, auf nähere dogmatische Argumente verzichtet und sich auf eine Darstellung der Judikatur beschränkt.[71] Freilich war der Nachweis der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits zuvor in den anderen Kommentaren üblich (*Planck;*[72] *Staudinger;*[73] *Oertmann*[74]) und wurde im Reichsgerichtsräte-Kommentar sogar Programm.[75] Dabei schätzten die Kommentatoren die Bedeutung der Rechtsprechung und damit zugleich auch ihre Aufgabe zunächst ganz unterschiedlich ein. Führende Kommentare zielten ersichtlich darauf, das darzustellen, was von Rechts

---

[71] *Warneyer,* Kommentar (Fn. 26). Anschaulich zeigt das etwa die Erläuterung der nach § 823 BGB geschützten Rechtsgüter. Dass der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb deliktisch geschützt wird, ergibt sich aus der Aufnahme in eine Liste geschützter Rechte und einem Nachweis der einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts; die folgenden Ausführungen beschränken sich dann auf eine Erläuterung der rechtsprechungsrechtlich formulierten besonderen Anforderungen an einen Eingriff: „Eine Verletzung desselben ist aber nur anzunehmen, wenn sich die Handlung unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbetriebs richtet, dieser tatsächlich gehindert oder seine rechtliche Zulässigkeit verneint und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird; das Merkmal des rechtswidrigen Eingriffs liegt nicht in der nachteiligen Einwirkung auf den Ertrag des Geschäfts, sondern in der Antastung des Gewerbebetriebs als solchem [Rechtsprechungsnachweis]. Handlungen, die den Gewerbebetrieb nur mittelbar schädigen, indem sie beispielsweise […] fallen nicht unter § 823 [Rechtsprechungsnachweis]. Das Recht zur Ausübung eines Gewerbes, die Aussicht auf Erwerb, die Freiheit in der Betätigung der Arbeitskraft sind nicht als absolute Rechte im Sinne des § 823 zu erachten [Rechtsprechungsnachweis]".

[72] Nachgewiesen ist die Rechtsprechung ab der 2. Aufl.

[73] Staudinger[5/6] (Fn. 33); im Staudinger war die Rechtsprechung seit der 1. Aufl. nachgewiesen und verarbeitet.

[74] *Oertmann,* Schuldverhältnisse[3/4] (Fn. 33), IV (Vorwort zur ersten Auflage 1899): „reiche Schätze der [gemeinrechtlichen, N.J.], Judikatur". Ab der 2. Aufl. 1906 ist auch die Rechtsprechung zum BGB berücksichtigt.

[75] Reichsgerichtsräte-Kommentar I (Fn. 26), VII (Vorwort): „Die vorliegende Bearbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs […] will […] auf die bereits gesicherten Ergebnisse der Rechtsprechung, namentlich der höchstrichterlichen, aufmerksam machen […]. Besonderes Gewicht wurde auf möglichst erschöpfende Berücksichtigung der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs mit Einschluß nicht veröffentlichter Entscheidungen gelegt." Unzutreffend ist freilich Hennes Behauptung, der Reichsgerichtsräte-Kommentar habe als erster die Rechtsprechung ins Zentrum systematischer Erläuterungen gestellt: *T. Henne,* Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 317–329, 327. Richtig ist zwar die Dominanz der Rechtsprechung, doch verfuhr hier der Staudinger nicht wesentlich anders (näher sogleich bei Fn. 78); und dass die Kommentierungen gerade nicht im Sinne Staubs systematisch vorgingen, zeigt beispielsweise ein Blick in die nach dem Wortlaut der Vorschrift, nicht nach systematischen Kriterien gegliederte Kommentierung des § 823 BGB.

wegen richtigerweise galt; sie behandelten die Rechtsprechung deshalb lediglich als eine relevante Information ohne besondere Bedeutung oder Autorität (*Planck;*[76] *Oertmann*[77]). Die zunehmende Mehrzahl der Kommentare sah ihre Aufgabe freilich in der Darstellung des in der Praxis angewendeten Rechts (*Staudinger; Warneyer; Baumbach*). In diesen Kommentaren scheint das Recht *bereits* früh rechtsprechungsrechtlich überformt; höchstrichterliche Entscheidungen werden hier alsbald als besondere Autoritäten präsentiert, die die einschlägigen Rechtsfragen einer verbindlichen „Klärung" zuführen (programmatisch von Anfang an bei *Staudinger,*[78] dann auch im Reichsgerichtsräte-Kommentar[79] und seit *Baumbach* auch in den bei Liebmann bzw. später bei Beck erschienenen Kurzkommentaren[80]). Seit Baumbach ist es dabei üblich geworden, Rechtsprechungszitate grundsätzlich auf einen aktuellen Nachweis zu beschränken:[81] Die aktuelle Rechtsprechung ist interessanter als eine fundiert begründete ehemalige Leitentscheidung.

These 11: Seit dem letzten Drittel des 20. Jahrhunderts drängen Professoren verstärkt auf den Markt der – großen und kleinen – praxisorientierten Kommentare, den sie nach 1900 noch entschieden gemieden hatten;[82] auch unter

---

[76] Keinerlei Rechtsprechungsnachweise finden sich naturgemäß in der ersten Auflage des Planck (Fn. 28). Ab der 3. und 4. Aufl. (Fn. 41) behandelten die (weitgehend neuen) Bearbeiter die Rechtsprechung des Reichsgerichts dabei als autoritativ; bei der Frage nach den unter § 823 BGB geschützten Rechtsgütern führte das zu erheblichen Veränderungen; näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 262 ff.

[77] *Oertmann,* Schuldverhältnisse$^{3/4}$ (Fn. 33); vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 262 ff. *Oertmann* betonte dabei mit polemischem Nachdruck, dass relevant allein die Urteilsbegründung sein könne; den Entscheidungen der Gerichte mochte er keine selbstständige Bedeutung beimessen: *loc. cit.,* I (Vorwort zur 3. und 4. Auflage). In der akademischen Literatur galt diese Haltung als besonderer Vorzug: *Hedemann,* Zivilistische Rundschau (Fn. 45), 198 f.

[78] Näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 262 ff.

[79] Anschaulich Reichsgerichtsräte-Kommentar I (Fn. 26), § 823 Nr. 6 mit einer rein kasuistischen Erläuterung der Verkehrspflichten: „Im täglichen Leben nehmen von allen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung diejenigen wegen erlittener Unfälle auf Straßen und in Häusern den breitesten Raum ein. Die in der Rechtsprechung für die Haftung aus solchen entwickelten allgemeinen Leitsätze sind folgende […]". Einen argumentativen Bezug aufs Gesetz bietet der Kommentar nicht. Ähnlich § 823 Nr. 9 zum sonstigen Recht.

[80] *A. Baumbach,* Taschenausgabe der neuen Zivilprozeßordnung, 1924, III (Vorwort): „Ich musste mich damit begnügen, […] die Antwort zu geben, die die Rechtsprechung im Laufe der Jahre als richtig erkannt und festgestellt hat."

[81] Vgl. *Baumbach,* Zivilprozeßordnung (Fn. 80), III f. Baumbach verwies ursprünglich noch häufig auf ältere, gründlich begründete Entscheidungen; erst mit der Erfahrung ständigen Rechtsprechungswandels trat die Frage nach der aktuellen Entscheidung in den Vordergrund.

[82] Oben These 6.

Professoren gilt der Kommentar mittlerweile „als das für die Rechtsdogmatik eigentümlichste Publikationsformat".[83]

Die Entwicklung ist offensichtlich, auch wenn man Kommentare wie *Horst Dreiers* Grundgesetzkommentar, der ein reiner Professorenkommentar geblieben ist, als atypisch außer Betracht lässt:[84] Bereits 1942 war *Schönkes* Kommentar zum StGB erschienen; nach dem Krieg wurden auch die maßgeblichen Praktikerkommentare aus der Feder *Baumbachs* größtenteils[85] von Professoren fortgeführt (der HGB-Kommentar von *Konrad Duden* und später von *Klaus Hopt,* der GmbHG-Kommentar seit 1951 von *Alfred Hueck* sowie später noch von weiteren Professoren, und der Kommentar zum Wettbewerbsrecht von *Wolfgang Hefermehl*[86]). Mit der kleinen gelben Reihe schuf der Beck-Verlag geradezu ein spezifisches Format für Professorenkurzkommentare (*Kopp,* VwGO und VwVfG,[87] *Jauernig,*[88] *Lackner/Kühl,*[89] *Jarass/Pieroth*[90]), die die Kommentarform auch für die juristische Ausbildung nutzen wollten.[91] Der Münchener Kommentar schließlich verdankt seine Entstehung nicht dem Plan seines Verlags, sondern der Initiative eines Hochschullehrers (des späteren Mitherausgebers *Säcker*[92]) und war ursprünglich als reiner Professorenkommentar konzipiert.[93] Selbst im Palandt schrieben lange Zeit zwei hoch renommierte Hochschullehrer (*Uwe Diederichsen* und *Andreas Heldrich;* heute *Karsten Thorn*) mit.

---

[83] *M. Jestaedt,* Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1–12, 6.

[84] *Dreier,* Grundgesetz (Fn. 44); 3. Aufl., 2018. Freilich findet der Dreier seine Leser auch nur zu einem kleinen Teil in der Praxis.

[85] Demgegenüber wurde der ZPO-Kommentar von Wolfgang Lauterbach, einem Richter in Berlin und nach dem 2. Weltkrieg in Hamburg, und später von Jan Albers, ebenfalls Richter in Hamburg, fortgeführt; bis heute liegt der Kommentar in den Händen von Richtern (Peter Hartmann und Uwe Schmidt).

[86] Hier kamen später mit Joachim Bornkamm und Jörn Feddersen wieder Richter am BGH hinzu.

[87] *Kopp,* Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 7); *ders.,* Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 7) (1974 bzw. 1976).

[88] *Jauernig,* Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 46) (1979, mit *P. Schlechtriem, R. Stürner, A. Teichmann* und *M. Vollkommer*).

[89] Ursprünglich *E. Dreher/H. Maassen,* Strafgesetzbuch mit Erläuterung und den wichtigsten Nebengesetzen, 1954. Seit der 4. Auflage 1967 wurde das Werk von *Karl Lackner* verantwortet und ist seither in Professorenhand.

[90] *Jarass/Pieroth,* Grundgesetz (Fn. 46).

[91] *Jauernig,* Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 46), V (Vorwort). Auch die anderen Werke dieser Reihe waren mit einem Blick auf die (Referendar-)Ausbildung geschrieben.

[92] *F.J. Säcker,* Münchener Kommentar zum BGB, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert (Fn. 9), 405–417, 405 f.

[93] *Säcker,* Münchener Kommentar (Fn. 92), 408.

These 12: Moderne Kommentare stellen das geltende Recht typischerweise als ein Gewebe von Gesetzes- und Rechtsprechungsrecht dar. Denn die Kommentarform fokussiert den dogmatischen Diskurs auf das Gesetz und repräsentiert die juristische Argumentation als Auslegung einer Norm;[94] zugleich dient der Kommentar in der Sache aber dazu, das einschlägige Rechtsprechungsrecht zu erschließen. Zwar vertreten Kommentare bisweilen eigenständige juristische Auffassungen gegen die Rechtsprechung, doch bleibt solche Urteilskritik üblicherweise die Ausnahme. Im Vordergrund steht die Darstellung des geltenden Rechts, wie es in der gerichtlichen Praxis angewendet wird.

Formal präsentiert der Kommentar das Recht dabei als Ergebnis der Auslegung des – typischerweise als autoritativ hervorgehobenen – Gesetzes; gleichzeitig verknüpft er dieses mittels Fußnoten oder eingeschobener Parenthesen mit der relevanten Literatur und der einschlägigen Rechtsprechung. Sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung werden dabei als Beiträge zur Auslegung des Gesetzes, also nicht als eigenständige Rechtsquellen, dargestellt,[95] wobei die Rechtsprechung allerdings häufig – etwa durch Fettdruck – ebenfalls als autoritativ oder jedenfalls als maßgeblich präsentiert wird.[96] Sie erscheint damit als akzessorische Rechtsquelle im Prozess der Normkonkretisierung und Rechtsfortbildung.[97] Damit behandelt der Kommentar sowohl das Gesetz als auch die Rechtsprechung als Positivierungsformen des geltenden Rechts; über die theoretischen Zweifel am Rechtsquellencharakter von präjudiziellen Entscheidungen und an der Legitimität von Rechtsprechungsrecht[98]

---

[94] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 1), 124 ff.; *Kästle-Lamparter,* Kommentare (Fn. 1), 260.

[95] *Baumbach,* Zivilprozeßordnung (Fn. 80), III: „die Antwort […], die die Rechtsprechung im Laufe der Jahre als richtig erkannt und festgestellt hat"; siehe oben These 10.

[96] Beispiele sind zunächst der Reichsgerichtsräte-Kommentar und der Kommentar von *Warneyer* (jeweils Fn. 26); seit *Baumbach,* Zivilprozeßordnung (Fn. 80) heben die Kurzkommentare die Rechtsprechung durch Fettdruck des Jahres bzw. der Bandziffer der Entscheidungssammlung hervor; der Beck-Verlag führt diese Praxis bis heute fort; vgl. den Palandt (Fn. 30). In größeren Kommentaren wie den Münchener Kommentaren sind die Rechtsprechungsnachweise demgegenüber wieder in die Fußnoten verschoben und nicht besonders hervorgehoben.

[97] Vgl. anschaulich Palandt/*Sprau* (Fn. 30), § 823, Rn. 4: „*c) Körper Gesundheit.* Das Recht am eig Körper ist ein gesetzl ausgeformter Teil des AllgPersR. *Schutzgut* ist das Seins- u Bestimmungsfeld der Persönlichk, das sich in der körperl Bedfindlichk verwirklicht (BGH *124,* 52)" (Hervorhebungen i. O.). Der Kommentar präsentiert das einschlägige Rechtsprechungsrecht hier als Auslegung des Gesetzeswortlauts („Körper"). Es entspricht diesem Ansatz, dass Kommentare zumeist nur auf die aktuelle, also auf die jetzt maßgebliche Rechtsprechung verweisen, ältere Entscheidungen also als nicht mehr maßgeblich ausfiltern.

[98] Die herrschende Lehre hat Präjudizien bekanntlich lange Zeit als bloße „Rechtserkenntnisquellen" ohne normative Bedeutung beschrieben; vgl. *Larenz/Canaris,* Methoden-

ist die Kommentarliteratur von Anfang an hinweggegangen.[99] Demgegenüber hat die Literatur – auch in größeren Kommentaren wie dem Münchener Kommentar – eine andere, geringere Bedeutung. Das Schrifttum gilt typischerweise nicht als autoritativ, sondern lediglich als Beitrag zur juristischen Meinungsbildung; entsprechend gilt die umfassende Erschließung der einschlägigen Literatur zumeist nicht als erstrebenswert.[100] Entscheidend bleibt aus der benutzerorientierten Perspektive des Kommentars zumeist die Frage, in welchem Sinne die Rechtsprechung die Rechtslage entschieden habe.

These 13: Am Ende des 20. Jahrhunderts bildet der Kommentar einen besonders klaren Ausdruck dominanter Vorstellungen vom Rechtssystem. Im Kommentar zeigt sich in unverfälschter Weise, was Juristen heutzutage als relevante Informationen über ihre Rechtsordnung verstehen, wo sie solche Informationen suchen, was als wichtig, was als weniger wichtig gilt, und welchen Texten besondere Autorität zukommt.

Dieser Satz gilt in einer doppelten Bedeutung: Kommentare machen sichtbar, welche Arten von Texten als wichtig oder relevant gelten, und welche Rechtsfragen eine nähere Diskussion verdienen. Hier kommt also die besondere Filterfunktion von Kommentaren zum Tragen. Während Lehrbücher aus didaktischen Gründen bisweilen auch ausgestandene Kontroversen zum Thema machen und auf ältere Leitentscheidungen hinweisen, in denen grundlegende Probleme umfassend diskutiert und entschieden wurden, nehmen Kommentare für sich in Anspruch, nur über das zu informieren, was aktuell ist: „Altes Fallmaterial wurde ausgesondert. Theoretische Streitfragen, die ausgetragen oder nicht von praktischer Bedeutung sind, werden grundsätzlich nicht behandelt.“[101]

These 14: Angesichts der Erwartung von Juristen, in Kommentaren das geltende Recht zu finden, wie es in der Praxis tatsächlich angewendet wird, wir-

---

lehre (Fn. 65), 256 – höchstrichterlichen Entscheidungen soll dementsprechend kein anderer Status zukommen als einem instanzgerichtlichen Urteil; *F. Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, 504 f. Gegen eine Bindung an Präjudizien heute ausführlich *L. Kähler,* Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl., 2011, 311 ff., 394 ff.

[99] Umfassend zum Ganzen *M. Payandeh,* Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017.

[100] Vgl. repräsentativ *Baumbach,* Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 1932, V (Vorwort): „Anführungen von Schriftstellern müssen in diesen Kurzkommentaren knapp bleiben“; *Jarass/Pieroth,* Grundgesetz (Fn. 46), V (Vorwort): Der Kommentar „präsentiert in komprimierter Form die [vollständig ausgewertete] Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der anderen obersten Bundesgerichte zum Grundgesetz. Das Schrifttum ist demgegenüber nur begrenzt berücksichtigt […]“.

[101] MüKo BGB I[1]/*Säcker* (Fn. 29), VII (Vorwort).

ken Kommentare auf die Rechtsvorstellungen von Juristen zurück. Nicht zuletzt durch ihr Layout prägen sie das „Bild“, das Juristen sich von ihrer Rechtsordnung machen. Kommentare haben damit maßgeblich zum Aufstieg des Rechtsprechungsrechts im 20. Jahrhundert und zur Vorstellung vom positiven Recht als einem Gewebe von Gesetz und Judikatur beigetragen.[102]

These 15: Seit den 1980er Jahren haben das große Lehrbuch und das systematisierende Handbuch massiv an Bedeutung verloren; führende Werke dieser Art werden nicht mehr fortgeführt.[103] In der juristischen Ausbildung werden sie zunehmend durch primär didaktisch angelegte Werke ersetzt, die ihre Leserschaft nurmehr unter den Studentinnen und Studenten suchen.[104]

Diese Entwicklung erklärt sich nicht primär aus der Schwierigkeit, angesichts der immer weiter fortschreitenden Spezialisierung und Differenzierung juristischer Teildisziplinen geeignete Nachfolger für derartige Werke zu finden, und sie lässt sich auch nicht einfach auf ein geändertes Leseverhalten der Studentinnen und Studenten zurückführen. Vielmehr kommen in dieser Entwicklung zunehmende Vorbehalte[105] gegen diese Literaturform zum Aus-

---

[102] Zu den sozial- und kulturwissenschaftlichen Voraussetzungen dieser These anschaulich *B. Stollberg-Rilinger,* Des Kaisers alte Kleider. Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches, 2008, 9 ff.; *dies.,* ZRG (germ.) 127 (2010), 1–32, 5 ff.; grundlegend *K.-S. Rehberg,* Institutionen als symbolische Ordnungen. Leitfragen und Grundkategorien zur Theorie und Analyse institutioneller Mechanismen, in: G. Göhler (Hg.), Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie, 1994, 47–84, besonders 58 ff.; *ders.,* Weltrepräsentanz und Verkörperung. Institutionelle Analyse und Symboltheorien – Eine Einführung in systematischer Absicht, in: G. Melville (Hg.), Institutionalität und Symbolisierung. Verstetigungen kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart, 2001, 3–49; *P.L. Berger/T. Luckmann,* Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie, 22. Aufl., 2009, insbesondere 57 ff.; vgl. auch *Jansen,* Methoden, Institutionen, Texte (Fn. 1), 57 ff.

[103] Vgl. bereits *N. Horn/H. Kötz/H.G. Leser,* German Private and Commercial Law: An Introduction, 1982, 56 f.: „In days gone by, the glory of German legal literature was the large textbook, but the commentaries enjoy pride of place in most areas of law today.“

[104] Für diese neue Generation von Lehrbüchern, die typischerweise aus Vorlesungskonzepten hervorgehen, stehen heute im Schuldrecht hervorgehoben die Lehrbücher von *D. Looschelders:* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2003; Schuldrecht Besonderer Teil, 2007. Ähnlich hatte bereits *D. Medicus* seine Leser nurmehr in der StudentInnenschaft gesucht, und zwar nicht nur mit dem examensvorbereitenden Bürgerlichen Recht (erstmals 1968), sondern auch mit seinen späteren Lehrbüchern zum Schuldrecht.

[105] Die Zweifel sind freilich alt; vgl. *Esser,* Schuldrecht (Fn. 68), VII (Vorwort): „Läßt es sich noch rechtfertigen, das herkömmliche System des Obligationenrechts zu tradieren in einer Zeit des Überwucherns von Vertrag und freiem Rechtsverkehr durch Verwaltungseingriffe und -bindungen aller Art? Was soll noch in der Praxis der Systemlosigkeit ein System – außer für den ‚Lehrbetrieb‘?“ Später etwa *A. Wolf,* Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schuldrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 1978, 249–254, 249 f.: „Durch die

druck,[106] insbesondere ein nachlassender Glaube an die Bedeutung und das rechtsfortbildende Potential juristischer Systeme einerseits und an die Möglichkeit andererseits, größere Rechtsgebiete überhaupt systematisch einfangen zu können.[107]

Hinter dieser Entwicklung stehen letztlich eine zunehmende Differenzierung von Rechtssystem und Rechtswissenschaft und damit verbundene Verschiebungen im Rechtsbegriff.[108] Zum einen ist nämlich zweifelhaft geworden, wie weit das rechtsprechungsrechtlich überformte und in Mehrebenensystemen zersplitterte Recht der Gegenwart sich überhaupt in Form kohärenter Systeme angemessen abbilden lässt;[109] zum anderen stellen auch Professoren offenbar nicht mehr in Zweifel, dass die Judikatur die Wissenschaft als maßgeblichen Akteur der Rechtsfortbildung abgelöst hat. Beschrieb *Franz Wieacker* noch 1970 die Dogmatik als „Gefüge (‚Lehrgebäude‘)“ rechtswissenschaftlicher „Sätze und Regeln, die unabhängig vom Gesetz allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen“, also „als Anweisungen für praktisches Handeln“ von Richtern zu verstehen seien,[110] so besteht heute nach

---

Literatur zum Schuldrecht weht Resignation. […] Der Gesamtzustand des Schuldrechts wird zum Teil als katastrophal bezeichnet.“

[106] In diesem Sinne sah *Canaris* sich 1994 veranlasst, „manchem modischen Vorurteil“ gegen das große Lehrbuch entgegenzutreten: *Larenz/Canaris,* Schuldrecht II/2 (Fn. 19), VI (Vorwort).

[107] Einen anschaulichen Ausdruck dieser Entwicklung bilden die von *Gernhuber* herausgegebenen Handbücher des Schuldrechts (Fn 19). Diese Handbücher sollten nämlich nurmehr Teilgebiete des Schuldrechts in Form eines Teilsystems fassen.

[108] Näher *Jansen,* Recht und gesellschaftliche Differenzierung (Fn. 36), 297 ff.

[109] Theoretisch *O. Lepsius,* Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, 39–62, 54 ff.; *M. Auer,* Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Rechtsphilosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, 64 f. Vgl. auch *R. Stürner,* Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methode – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014), 7–54, 22 f.; *T. Lobinger,* Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), 28–106, 68. Aus der dogmatischen Literatur, *Gernhuber,* Vorwort des Herausgebers (Fn. 19), V: „Wer das Schuldrecht der Zeit sucht, wird es im Text der §§ 241–853 BGB kaum finden. Richterrecht hat in oft ungebändigter Vielfalt die Normen überwuchert; neue Vertragstypen haben Eingang in den Rechtsverkehr gefunden […]; Vertragsverbindungen sind entstanden, denen das vom BGB vorgezeichnete Denken […] nicht gewachsen ist. Von den Grundlehren, die zu Beginn des Jahrhunderts die Schuldrechtsdogmatik beherrschten, hat schließlich keine standzuhalten vermocht: […] alles ist Vergangenheit.“

[110] *F. Wieacker,* Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Festschrift für Hans-Georg Gadamer, Bd. 2, 1970, 311–336, 319 f.; ähnlich auch *J. Esser,* Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, 517–539, 532 f.: „Denkzwänge“; *R. Alexy,* Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, Rechts-

Winfried Hassemer die Aufgabe einer dogmatischen Rechtswissenschaft darin, Richterrecht in der „hoch entwickelten Darstellungskultur“ juristischer Kommentare „zugänglich“ zu machen.[111] Auch Professoren sehen ihre Aufgabe also immer weniger darin, an der Entwicklung dogmatischer Systeme zu arbeiten und das Recht mit den Mitteln dogmatischer Rechtswissenschaft fortzubilden.[112] Vielmehr verstehen sie sich offenbar als akademische Experten ihres jeweiligen Fachs und sehen ihre Aufgabe dementsprechend darin, das geltende Recht besonders professionell und gründlich abzubilden und im Einzelnen zu entfalten.

---

theorie 1981, Beiheft 2, 177–188, 177. Ideologiekritisch deshalb *U. Meyer-Cording,* Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, 1973, insbesondere 32 ff.

[111] *W. Hassemer,* Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik. Einführende Bemerkungen, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Dogmatik (Fn. 109), 3–15, 8 f. Siehe auch *M. Eifert,* Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Kirchhof/Magen/Schneider, Dogmatik (Fn. 109), 79–96, 83 f., 87 ff.: Rechtsprechung als Akteur im Prozess dogmatischer Rechtserzeugung im Gegensatz zur lediglich „beobachtenden Rechtswissenschaft“. Teile vor allem der zivilrechtlichen Lehre halten freilich nach wie vor am traditionellen handlungsleitenden Anspruch der Dogmatik fest; siehe etwa *Stürner,* Zivilrechtswissenschaft (Fn. 109), 10 ff.; Stürner sieht die Dogmatik dementsprechend „im Spannungsverhältnis zum Prozess demokratischer Gesetzgebung“ (S. 20). Nicht klar entschieden insbesondere *C. Bumke,* Rechtsdogmatik, 2017, 45, 48 ff.: „Rechtsanwendung und Rechtserzeugung“.

[112] Ähnlich etwa *F. Hartmann,* Die Krise der universitären Juristenausbildung als Krise der Rechtswissenschaft, Hamburger Rechtsnotizen 2015, 4–11, 9.

Legal Commentaries in France

Will Mammoths Come Back to Life?

Jean-Sébastien Borghetti

I. Introduction

During the last decades, French legal scholarship has shown renewed interest in its own history, i.e. the history of what is commonly known in France as *la doctrine.*[1] The focus, though, has been mostly on the way in which legal scholars have understood the nature of the law and their own role, and on how they have (or most often have not) integrated non-legal elements and disciplines, such as economics or sociology, into their study and teaching of the law. Perhaps surprisingly, there has been little research on the type of literature that legal scholars have been producing.[2] More precisely, while a few studies have been carried out on certain types of legal literature,[3] especially *commentaires d'arrêts* (case notes),[4] there seems to have been hardly

---

[1] See e.g. *P. Jestaz/C. Jamin,* La Doctrine, 2004; *P. Arabeyre/J.-L. Halpérin/J. Krynen* (eds.), Dictionnaire historique des juristes français XIIe–XXe siècle, 2nd edn., 2015.

[2] See, however, *J.-L. Halpérin,* Manuels, traités et autres livres (Période contemporaine), in: D. Alland/S. Rials (eds.), Dictionnaire de la culture juridique, 2003, 990–992.

[3] See *A.-S. Chambost* (ed.), Histoire des manuels de droit, 2014.

[4] On the development of case notes in French legal literature and how they came to be regarded as the doctrinal exercise *par excellence,* see *E. Meynial,* Les Recueils d'arrêts et les Arrêtistes, in: Société d'études législatives (ed.), Le Code civil 1804–1904: Livre du centenaire, 1904, 173–204; *E. Serverin,* De la jurisprudence en droit privé, 1985, 108–122. Cf. further *J.-S. Borghetti,* Legal Methodology and the Role of Professors in France. Professorenrecht is not a French word!, in: J. Basedow/H. Fleischer/R. Zimmermann (eds.), Legislators, Judges, and Professors, 2016, 209–222; *idem,* Les exercices et ouvrages en

any comprehensive reflection on the type of books that legal scholars have been writing. As *Jamin* has remarked, "it is not often that one reflects in France on the history of legal literature, its favourite genres, the issues of style (except maybe when judicial styles are concerned), and on their influence on the substance of legal thinking".[5]

This may be regrettable but it is hardly surprising. Legal scholars know very well what legal literature is made of – since they are the ones who write it! – and they do not feel the need to reflect on something which is so familiar to them.[6] As is so often the case, what is most obvious is hardly mentioned. Strikingly, the different types of books and publications constituting French legal literature are usually not presented in a systematic way, and some of them are not even cited in the textbooks associated with the *introduction au droit* (introduction to law) courses which all French students attend during the first year of their law curriculum.

Yet, some features or recent evolutions of French legal literature are quite remarkable and deserve closer scrutiny. In particular, no-one seems to notice that legal monographs, except for PhD theses, are conspicuously rare in France, and that the same is true of legal commentaries. Such commentaries, as they exist, for example, in Germany, are a common feature of many "continental" legal systems, but they seem to have become alien to the French legal tradition. This is all the more surprising as commentaries, whether on the *Code civil* or on other parts of the law, were a very popular element of French legal literature during the greater part of the 19th century. But they fell out of fashion quite suddenly around 1870.

Admittedly, this is not the only instance in which French law has strayed away from the continental model to which it is said to belong.[7] The rise and fall of legal commentaries is nevertheless a striking feature of the French legal system, which is officially based on codes and legislative rules (II.). This calls for an explanation (III.). Interestingly, the recent reform of the French law of obligations has prompted the writing of legal commentaries. It remains to be seen whether this will be a lasting development (IV.).

---

usage dans les facultés de droit françaises, reflets de l'importance de la jurisprudence judiciaire comme source du droit français, in: Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz, 2018, 101–118.

[5] *C. Jamin,* Le droit des manuels de droit ou l'art de traiter la moitié du sujet, in: Chambost, Histoire des manuels de droit (n. 3), 9–24, 9: "il est rare qu'on s'interroge en France sur l'histoire de la littérature juridique, les genres qu'elle privilégie, les questions de style (sauf peut-être quand il s'agit des styles juridictionnels) et leur influence sur la substance de la pensée en droit".

[6] *Jamin,* Le droit des manuels de droit (n. 5), 11.

[7] On the issue of the respective role of professors and judges, see *Borghetti,* Legal Methodology and Professors in France (n. 4), 217 ff.

II. The Rise and Fall of Legal Commentaries in French Legal Literature

Modern French law was born in the Napoleonic era,[8] with the adoption of five codes: the *Code civil* (1804), the code of civil procedure (*Code de procédure civile,* 1806), the commercial code (*Code de commerce,* 1807), the code of criminal procedure (*Code d'instruction criminelle,* 1808), and the criminal code (*Code pénal,* 1810). The most important one among them is obviously the *Code civil,*[9] which has proved remarkably resilient and has been described as the *constitution civile de la France* (the civil constitution of France).[10] Its stability (at least until the 1960s) sharply contrasted with the chaotic constitutional history of France during the same period.

The authors who wrote on French law during the best part of the 19th century are usually described as having adopted the same approach to the law, based on a narrow and exegetic analysis of the legislative provisions. They are said to have formed what is known as the "exegetic school" (*École de l'exégèse*).[11] One might therefore expect them to have written legal commentaries. And this is precisely what they have done. Their commentaries, however, were quite different from contemporary "German-style" commentaries and they were a comparatively short-lived genre.

In the immediate aftermath of the great Napoleonic codification effort, the codes tended to be regarded as the sole source of national (private) law, and academic lawyers tended to focus on them almost exclusively. This is easily explained by the fact that the content of these codes was to a large extent new law – as opposed to just a restatement of pre-revolutionary law, or of the complex and rather uncertain law that applied in France during the "intermediate" period, i.e. between the beginning of the French revolution and the Napoleonic codification. Lawyers, and more generally the citizens of France, had to get acquainted with this new law and the best way to do so was obvi-

---

[8] "Modern" shall be understood here as referring to the period in which we live, and not to the modern era as understood in historical scholarship.

[9] Napoleon himself was apparently convinced that the *Code civil* was the *chef d'œuvre* of the codifications he had initiated. He is famously quoted for having declared: "Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil" (My true glory is not to have won forty battles; Waterloo shall erase the memory of so many victories; what nothing shall erase, what shall live eternally is my Code civil); see *C. F. T. de Montholon, Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène,* vol. 1, Paris, 1847, 401.

[10] *J. Carbonnier,* Le Code civil, in: P. Nora (ed.), Les lieux de mémoire, vol. 2, La nation, 1986, 293–300. The idea dates back to the 19th century, however.

[11] *J.-L. Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, 1996, 45 ff.

ously to look at the provisions of the new codes, to understand what they said, and to explain them.[12]

The focus on the codes was also a result of political pressure. Napoleon was not only the founder of modern French law; he also re-created French universities, which had all been closed during the Revolution.[13] But his conception of a university was very different from the one that had prevailed before the Revolution, and he certainly did not regard it as a place for *otium* and the free pursuit of knowledge. More specifically, after the bar and the bench had been "cut to pieces" by the Revolution,[14] the new law faculties were intended to train practitioners who would be able to apply the new law – without discussing it, or reflecting upon it too much. Napoleon was actually even quoted for having said "mon code est perdu" (my code is lost) when a book devoted to the new civil code was published.[15] The courses that were to be given in these law faculties were very precisely defined, and the most important one was the *cours de Code civil.*[16]

In this context, it should not come as a surprise if a majority of authors who published books in connection with the new curriculum chose to write commentaries on the *Code civil* and thus elected to follow the order of the code. Among the first commentators was *Delvincourt,* who published a 3-volume commentary under the title "Institutes de droit civil français" as early as 1808.[17] Another, probably more famous commentator than *Delvincourt,* was *Toullier,* the author of "Le droit civil français suivant l'ordre du Code", first published in 8 volumes between 1811 and 1818.[18] His was the first attempt at a wide-range commentary of the *Code,* even though he was not able to bring it to an end,[19]

---

[12] *J. Charmont/A. Chausse,* Les Interprètes du Code civil, in: Le Code civil: Livre du Centenaire (n. 4), 131–172, 139.

[13] *E. Gaudemet,* L'interprétation du code civil en France depuis 1804, 1935, 14–15.

[14] *J. Carbonnier,* Le Code Napoléon en tant que phénomène sociologique, Revue de la recherche juridique 1981, 327–333, 330.

[15] *Montholon,* Récits de la captivité de Napoléon (n. 9). The book which attracted this reaction was *J. de Maleville,* Analyse raisonnée de la discussion du Code civil, vol. 1, Paris, 1805, which was actually a digest of the travaux préparatoires of the Code (Maleville was the former secretary of the Code's drafting committee). This work was later described as "modeste, impersonnel et mediocre" (modest, impersonal and poor): *Gaudemet,* L'interprétation du code civil (n. 13), 13.

[16] *Halpérin,* Histoire du droit privé (n. 11), 49. At 50, Halpérin cites Bugnet, one of the first *Code civil* professors, who allegedly said: "Je ne connais pas le droit civil. J'enseigne le Code Napoléon" (I do not know civil law. I teach the *Code Napoléon*).

[17] *C.E. Delvincourt,* Institutes de droit civil français, 3 vols., Paris, 1808. The book was renamed "Cours de Code Napoléon" in 1813 (Paris) and was republished twice until 1825 as "Cours de Code civil" (Paris, Brussels).

[18] *C.B.M. Toullier,* Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, 8 vols., Paris, 1811–1818. Three other editions were published between 1819 and 1824.

[19] His work was continued after his death by *J.-B. Duvergier.*

and was later criticized for the errors contained in it.[20] Until the end of the 19th century, numerous commentaries of the *Code civil* were published in France and also in Belgium, which shared the same Code.[21] The most famous ones[22] were probably those of *Duranton* (who was the first author successfully to write a complete commentary),[23] *Troplong,*[24] and *Demolombe.*[25]

This way of presenting civil law was imitated in other branches of the law, such as commercial law,[26] and criminal law.[27] Interestingly, commentaries were even published in public law, despite the lack of a public law, or even administrative law, code.[28] This certainly testifies to the aura of commentaries, as a way to present and explain the law.

Since these books expounded the law in the order of the code, they certainly belong to the genre of commentaries. This does not mean, however, that they were similar to the commentaries that are written today in countries like Germany. First of all, the French commentaries usually did not comment separately upon each single provision of the code.[29] One exception was *Troplong* (whose name, ironically, means "too long" in French), who only purported to comment on the third book of the *Code civil,* but still did not manage to finish.[30] Rather, as a rule, each chapter of these books was devoted to an issue, and all the provisions devoted to this issue in the code were ana-

---

[20] *Charmont/Chausse,* Les Interprètes du Code civil (n. 12), 143: "c'est un guide auquel il est souvent dangereux de se confier; et quoiqu'on hésite à tracer une limite entre ce qui est dissentiment et ce qui est erreur, il y a bien des cas où l'on ne peut éviter de reconnaître que Toullier s'est trompé" (it is a guide to whom it is often dangerous to entrust oneself; and even if one hesitates to draw a line between what is a difference of opinion and a mistake, there are many cases where one cannot escape the conclusion that Toullier has erred).

[21] The most important Belgian commentary, which also had some influence in France, was probably that of *F. Laurent,* Principes de droit civil français, Brussels, 1869–1878.

[22] Another important and influential author of the time was *Proudhon.* Even though he is considered a master of the exegetic school, he chose not to publish a commentary of the *Code civil,* but rather to write independent treatises on distinct subjects.

[23] *A. Duranton,* Cours de droit français suivant le Code civil, 4th edn., 22 vols., Paris, 1844.

[24] *R.-T. Troplong,* Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, 23 vols., Paris, 1834–1855.

[25] *C. Demolombe,* Cours de Code Napoléon, 31 vols., Paris, 1846–1878.

[26] *J.-M. Pardessus,* Cours de droit commercial, 4 vols., Paris, 1813–1817. On the first books on commercial law after the Napoleonic codification, see *A. Mages,* Le manuel de droit commercial, in: Chambost, Histoire des manuels de droit (n. 3), 149–164, 156–157.

[27] *J.-F.-C. Carnot,* Commentaire sur le Code pénal, 2 vols., Paris, 1823; *F. Hélie/A. Chauveau,* Théorie du Code pénal, 8 vols., Paris, 1834–1843.

[28] *D. Serrigny,* Traité du droit public des Français, 2 vols., Paris, 1846; *E. Laferrière,* Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, 1888–1889.

[29] On the liberty taken vis-à-vis the order of the *Code* in the commentaries on the *Code de commerce,* see *Mages,* Le manuel de droit commercial (n. 26), 157.

[30] See above, n. 24.

lyzed together – but the order in which these issues were addressed was the same as in the code.

Besides, these commentaries often look quite unscientific to the modern reader. They do not always put the provisions in historic (let alone comparative) perspective, and they do not adhere to a strict and invariable method of analysis. There is a lack of a systematic consideration of all the questions that a provision may raise. Despite these shortcomings, they do address many questions which are not mentioned in modern treatises or textbooks. One additional reason why they look somewhat unscientific is probably the style in which they are written: the flowery style of the time, which stands miles away from the terse style of modern-day lawyers. *Demolombe,* for example, who was known as *le prince de l'Exégèse,* was famous for his style resembling an oral presentation, full of exclamations and interjections, and also for his superfluous digressions – all of which account for the fact that his 31-volume commentary on the *Code civil* covers less than 1,400 articles of a total of 2,281.[31]

Though they were undoubtedly successful, commentaries did not reign supreme in the field on French legal literature.[32] In the time of legal and academic revival after the Revolution, law reports,[33] dictionaries and law journals[34] were also flourishing. Before the Revolution authors sometimes chose to write treatises (*traités*) on certain aspects of the law and this trend continued into the early years of the 19th century.[35] These treatises purported to cover an issue in a systematic fashion, without the author being bound by the text and the order of legislative provisions.[36] As early as in the 1820s, a controversy[37] arose between authors who favoured commentaries, and others who preferred treatises.[38] In other words, the exegetic approach of the commentaries was challenged by the more dogmatic approach of treatises.[39]

---

[31] See above, n. 25.

[32] *P. Remy,* Éloge de l'exégèse, Droits 1 (1985), 115–123, 118.

[33] *Merlin,* for example, was famous for publishing collections of cases and legal opinions: *P.-A. Merlin,* Répertoire de jurisprudence, 13 vols., Paris, 1807–1809; *idem,* Questions de droit, 2nd edn., 5 vols., Paris, 1810.

[34] For a short overview of the law journals which were published from the end of the 1810s, see *P. Remy,* Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit, Annales d'histoire des facultés de droit 2 (1985), 82–105, 102–104.

[35] *C. Chêne,* Manuels, traités et autres livres (Période moderne), in: Alland/Rials, Dictionnaire de la culture juridique (n. 2), 987–990; *A. W. B. Simpson,* The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature, University of Chicago LR 48 (1981) 632–679, 675.

[36] *Remy,* Éloge de l'exégèse (n. 32), 119.

[37] The controversy was launched by Jourdan, a young and independent-minded scholar, who praised treatises over commentaries; see *Halpérin,* Manuels, traités et autres livres (n. 2), 990.

[38] Some authors, like Troplong, wrote books belonging to both categories, however.

One treatise proved to be particularly influential. It was the "Cours de droit civil français" by *Aubry* and *Rau,* two Alsatian scholars who moved to Paris after Alsace had become part of the German Empire in 1870.[40] The first edition of this treatise was essentially a translation into French of the "Handbuch des Französischen Civilrechts" (1808–1827) of the German scholar *Zachariae*[41], a professor of law at the university of Heidelberg (then in the Grand Duchy of Baden, were the French civil code applied until the entry into force of the BGB).[42] This *Handbuch,* reflecting the pandectist approach, did not follow the order of the *Code civil;* it presented French civil law in a different order, regarded as more systematic. Interestingly, there were two French translations of the book. One, by *Massé* and *Vergé,* put the contents of the book back into the order of the *Code civil.*[43] It had little success. The other translation, by *Aubry* and *Rau,* remained true to the original order, and became a bestseller.[44] *Aubry* and *Rau* actually published four versions of their book, bringing more and more personal content into each new edition to the extent that it ended up being very different from *Zachariae.*[45] But never did they revert to the order of the *Code.*[46] Ultimately, it seems that it was this book that tipped the balance in favour of treatises and against commentaries.[47]

Demolombe, the "prince de l'Exégèse", died in 1887, writing until his last day. Even though his commentary was continued by *Guillouard,* his passing

---

[39] *Jamin,* Le droit des manuels de droit (n. 6), 13, who speaks of "la querelle du commentaire (la méthode exégétique) et du traité (la méthode dogmatique)" (the dispute between the commentary [the exegetical method] and the treatise [the dogmatic method]).

[40] On these two authors, see *J.-L. Halpérin,* Aubry, Charles, in: Arabeyre/Halpérin/Krynen, Dictionnaire historique des juristes français (n. 1), 28, and *idem,* Rau, Frédéric-Charles, *loc. cit.,* 853.

[41] *K.S. Zachariae von Lingenthal,* Handbuch des Französischen Civilrechts, 2 vols., 3rd edn., Heidelberg, 1827.

[42] *C. Aubry/F.-C. Rau,* Cours de droit civil français, 5 vols., Paris, 1836–1846.

[43] *G. Massé/C. Vergé,* Droit civil français, 5 vols., Paris, 1854–1860.

[44] See the laudatory recension of Zachariae's textbook, in Aubry and Rau's translation, by *V. Chauffour,* Recension du Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C.-S. Zachariae; revu et augmenté, avec l'agrément de l'auteur, par MM. Aubry et Ray, Revue de législation et de jurisprudence 12 (1846), 372–375, cited by *C. Baldus,* Der Prophet im fremden Land? Zum 250. Geburtstag von Karl Salomo Zachariae, ZEuP 27 (2019), 724–741, 724.

[45] On the (limited) influence of Zachariae on French legal thinking, independently from his handbook, see *Baldus,* Karl Salomo Zachariae (n. 44), especially 727–731.

[46] The fourth edition, published between 1869 and 1883, is the one most often cited. The book was continued by other authors after the death of Aubry and Rau. The last edition is the 8th, of which only one volume was published: *N. Dejean de la Bâtie,* Responsabilité délictuelle, t. VI-2 du Droit civil français d'Aubry et Rau, 1989.

[47] Even though some authors were critical of Zachariae's and Aubry and Rau's approach, precisely because it encouraged a detachment from the *Code's* provisions; see, e.g., *Charmont/Chausse,* Les Interprètes du Code civil (n. 12), 156.

more or less marked the end of the commentaries' era. After his death, no new ambitious commentary of the *Code civil* was written, and treatises and textbooks, adopting an analytic approach to the law, soon completely overshadowed commentaries as the typical form of legal scholarship. Significantly, while *Demolombe* enjoyed great fame during his lifetime and was bestowed almost every possible distinction for an academic, including the cross of *commandeur de la Légion d'honneur,* his impressive commentary of the *Code civil* seems to have fallen into oblivion almost immediately after his death.[48]

No commentaries appear to have been written in the 20th century, at least in the field of civil law. Admittedly, one legal encyclopaedia, the "JurisClasseur Civil Code", follows the *Code civil*'s sequence, and might at first sight be regarded as a commentary. The code's provisions are not analyzed individually, however, and are taken in groups, with the different articles of the encyclopaedia dealing with the general issues addressed by the different groups of provisions, rather than with the provisions taken individually. In practice, the "JurisClasseur Civil Code" thus comes quite close to the second major French legal encyclopaedia, the "Répertoire Dalloz", whose articles are organized in alphabetical order.

It should also be mentioned that in the field of criminal law, after the new French criminal code was passed in July 1992 (and entered into force on 1st March 1994), four professors initiated a commentary, in which each provision was analyzed separately. The first volume was published in 1996, but the other volumes did not make it into print, and the first volume has never been updated.[49] The reason for this is likely to be the poor sales figures of the first volume, which suggests that there was no real audience for commentaries in France during the 20th century.

III. Why Are There No More Legal Commentaries in France?

Why is it that treatises eventually won the day, and that commentaries not only disappeared at some point from the French legal landscape, but have also failed to find their way back into it, at least until very recently?[50]

While it is always difficult to guess why a particular event did not occur, one feels relatively safe in assuming that the lack of interest, on the part of a majority of French scholars, in foreign legal systems after the First World War and during the greatest part of the 20th century made the resurrection of

[48] *J. Musset,* Demolombe, Jean-Charles, in: Arabeyre/Halpérin/Krynen, Dictionnaire historique des juristes français (n. 1), 324.

[49] *J. Francillon/B. Bouloc/G. Roujou de Boubée/Y. Mayaud,* Code pénal commenté article par article: Livres I à IV, 1996.

[50] On the reappearance of commentaries in the last few years, see below, IV.

legal commentaries less likely. In many countries the German influence seems to have played at least a small role in commentaries being written; but French scholars have long remained too unaware of the type of legal literature that was being published in neighbouring countries to realize that legal commentaries can also be an important part of modern legal scholarship.

This, however, cannot be the main explanation for the lasting eclipse of commentaries in France. My hypothesis would be that at least two reasons played a major role in this respect. The first one concerns the flaws in the systematic structure and substance of the *Code civil* (1.), and the second one has to do with the importance of case law in the French context (2.).

1. The flaws in the systematic structure and substance of the Code civil

One obvious reason why commentaries closely tracking the provisions of the codes could not thrive in the long run is that the French codes, and especially the *Code civil,* did not have the systematic structure that is best suited for commentaries. Also, it contained many gaps. It is because of these two features that French authors took to writing treatises, which enabled them to reorganize and present the law in a more convincing way.

For example, the original *Code civil* contained no rules on the process through which contracts are concluded, and it said nothing on offer and acceptance. It was of course possible to connect this issue to existing provisions, such as former article 1,108 (mentioning consent among the conditions required for a contract to be valid),[51] but an analysis of this article gave no indication whatsoever as to the actual rules which govern the process for concluding a contract.

Another field where the *Code civil* lacked sufficient content was tort law. The original code contained only five articles on the subject (1382–1386), which have remained practically unchanged since 1804.[52] Not only are these

[51] Former Article 1108 *Code civil:* "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; | Sa capacité de contracter; | Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; | Une cause licite dans l'obligation." (Four requirements are essential for the validity of an agreement: The consent of the party who obligates himself; | That party's capacity to contract; | A definite object that forms the subject matter of the engagement; | A lawful cause for the obligation.)

[52] The *Code civil* recently underwent a major reform. A regulation entered into force on 1st October 2016 (*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*) and recast the parts of the code devoted to the general law of contract (i.e., rules applicable to contracts in general, as opposed to rules applicable to specific contracts), to the general law of obligations (i.e., rules applicable to all obligations, regardless of their source) and to the proof of obligations. The reform has also changed the structure of the *Code civil,* and the provisions on tort law, even though their substance has remained the same, have been renumbered. Art. 1382 has thus become Art. 1240, Art. 1383 has become Art. 1241 and so forth.

provisions very general, but they focus on the conditions in which liability arises, and they say nothing about the effects of liability or the calculation of damages. An analysis of these provisions cannot therefore shed any light on some major aspects of French tort law. Those who write on the subject have thus no choice but to stand some distance from the code in order to present the law as it is – i.e. mostly case law.[53]

While the characteristics of the *Code civil* meant that commentaries focusing on the black letter of the Code's provisions were bound to be abandoned at some point, it is of course amusing that it was the German pandectist influence, through *Aubry* and *Rau,* which dealt the fatal blow to commentaries and helped establish treatises as the most prominent figure in French legal literature. This is actually not to say that *Zachariae's* handbook,[54] at least in its French translation, is "purely" pandectist. *Aubry* and *Rau's* book, for example, has no general part. Yet, the distance taken *vis-à-vis* the order and black letter of the Code appears to be a distinct German legacy.

That German lawyers were both the fathers of the most emblematic legal commentaries in recent history, and were also indirectly responsible for turning French lawyers away from such commentaries, is only an apparent paradox, however. German legal commentaries have thrived on the systematic structure of the German codes, especially the BGB, which was itself a legacy of the Pandectists. The *Code civil,* on the other hand, owes much to Roman law, at least as far as the law of obligations is concerned, but its direct source is *Pothier,* whose approach to Roman law was much less systematic than that of the Pandectists – or at least followed a different kind of system. The disappearance of commentaries in French legal literature and their rise in German legal literature can thus be seen as expressing the same desire for systematic approach closer to that of the Pandectists' than to that of *Pothier.*[55]

Nevertheless, when the hundredth anniversary of the *Code civil* was celebrated in 1904, some authors remarked that "it is indeed a remarkable thing that one of the best treatises on French civil law has come to us from outside, a very short time after the publication of the Code".[56] It should be noted, however, as *Eugène Gaudemet* judiciously reflected a few years later, that

[53] See *R. Saleilles,* Le Code civil et la méthode historique, in: Le Code civil: Livre du Centenaire (n. 4), 95–129, 102; *J.-S. Borghetti,* L'office du juge en droit de la responsabilité civile, Revue de droit d'Assas 13/14 (2017), 108–113.

[54] On the relation of Zachariae and to the great intellectual trends of his time, see *Baldus,* Karl Salomo Zachariae (n. 44), especially 732–736.

[55] Besides, not all parts of the original *Code civil* devoted to the law of obligations owe as much to Pothier. The influence of Domat was very strong for example on tort law and on compromise, or settlement ("contrat de transaction").

[56] *Charmont/Chausse,* Les Interprètes du Code civil (n. 12), 155: "C'est assurément une chose remarquable que l'un des meilleurs traités sur le droit civil français, nous soit venu du dehors, fort peu de temps après la promulgation du Code".

German scholars were able to approach the Code with the powerful tools developed by the Pandectists, whereas the disruption caused by the French Revolution, including in the universities and in academic circles, resulted in the Code's landing in France in a sort of academic and scientific vacuum.[57] Besides, as *Planiol* remarked, a new Code is an inconvenient tool ("un Code neuf est un outil incommode").[58] This, of course, explains to a large extent why the first analyses remained so close to its text. It took French scholars some time not only to get acquainted with the new Code, but also to develop the tools they needed to analyse it and unleash its potential. *Remy,* who is well known for having re-evaluated the role of the exegetic school[59] after it had been mocked during many decades for its allegedly slavish attitude towards the Code,[60] sharply notes that the first commentators of the Napoleonic codes

> "are not guilty of having locked the law into the codes; they seem to me on the contrary to have set it free from them, through an admirable piece of work. I would gladly apply to them the famous word of Saleilles: through the Code, they have gone beyond the Code".[61]

This is not to say, however, that French scholars, when they eventually turned away from legal commentaries in the second half of the 19th century, shared exactly the same approach to the law as their German counterparts. Whatever the influence and penetration of German legal ideas in France at that time may have been,[62] the substantial differences in the sources and style of

---

[57] *Gaudemet,* L'interprétation du code civil (n. 13), 15, 18, who speaks of French legal teaching at the end of the Revolution as a "scientific desert".

[58] *M. Planiol,* Inutilité d'une révision générale du Code civil, in Le Code civil: Livre du Centenaire (n. 4), 955–968, 961.

[59] *Remy,* Le rôle de l'exégèse (n. 34); *idem,* Éloge de l'exégèse (n. 32).

[60] The criticism against the exegetic school started at the very end of the 19th century, especially with *F. Gény,* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: Essai critique, 1st edn., Paris, 1899, and the preface of *Saleilles* to this book. See also *J.-J. Bonnecase,* L'école de l'exégèse en droit civil: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants, 2nd edn., 1924.

[61] *Remy,* Le rôle de l'exégèse (n. 34), 92: "Ils ne sont pas coupables d'avoir enfermé le droit dans les Codes; ils me paraissent au contraire l'en avoir libéré, par un admirable travail. Je leur appliquerais volontiers le célèbre mot de Saleilles: par le Code, ils sont allés au-delà du Code."

[62] It is probably between the start of the preparatory work that led to the adoption of the BGB and the beginning of the First World War that the influence of German law was mostly strongly felt in France. A major role was played in this respect by *Saleilles,* one of the greatest French lawyers of the time, who published a very influential book on the BGB project: *R. Saleilles,* Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemande, Paris, 1890; *idem,* Étude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet du Code civil pour l'Empire d'Allemagne, Paris, 1895. See also *idem,* Mélanges de droit comparé. I. Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du 'Bürgerliches Gesetzbuch' entreprise par le Comité de législation étrangère, 1904.

French and German law meant that the analysis and presentation of the two legal systems could not be carried out exactly in the same way.

2. The importance of case law

In the case of France, a factor that has had a major influence on legal literature is the importance of case law. This is not the place to dwell on the reasons of this influence.[63] Suffice it to say that the style of French legislation, and especially the open-ended texture of many provisions in the *Code civil,* have vested French courts with great power, and with the faculty to supplement the law in many ways. This they have not failed to do, with the result that, by the end of the 19th century, case law was already a significant source of French law. Quite naturally, French lawyers started increasingly to focus on that part of the law, and this in turn had consequences on legal literature.

It accounts for the emergence of case notes as a major form of legal scholarship.[64] Perhaps more importantly, it has had a significant impact on the way in which the law has been presented in treatises and textbooks. As has been said earlier, commentaries were superseded by treatises during the second half of the 19th century. For quite some time treatises coexisted with textbooks, which also adopt a systematic approach (as opposed to one based on the sequence of the code) but are significantly smaller. Treatises used to be more prestigious and also perhaps more influential in academic circles.[65] Over the last decades, however, most treatises have ceased to be updated, with only a couple of them still being published.[66] The trend in legal publishing is obviously towards smaller volumes, something which has been associated with the development of "mass teaching",[67] which has been the result of the tremendous increase of law students (and of university students generally) since the 1960s.[68] It is also suggested that those most likely to write treatises,

---

[63] On this issue, see *Borghetti,* Legal Methodology and Professors in France (n. 4), 217 ff.

[64] See *Serverin,* De la jurisprudence en droit privé (n. 4), 169.

[65] Although there have been some significant exceptions, like *Maurice Hauriou*'s textbook "Précis de droit administratif et de droit public", which was decisive in spreading the author's views on the nature of the State. The first edition was published in 1892 (Paris). Eleven editions were published before his death in 1929, and his work was later continued by his son *André Hauriou.*

[66] The main one is the "Traité de droit civil" under the direction of *Ghestin,* whose publication started in the 1970s. The volumes on civil liability, written by *Viney,* have proven especially influential. Another "traité" is published under the direction of *Larroumet* since the 1980s, but its different volumes are less detailed and they are in effect more like a series of textbooks.

[67] See, e.g., *Jamin,* Le droit des manuels de droit (n. 5), 13.

[68] According to the French Ministry of Education, there were 310,000 students in higher education in France in 1960, and 2,680,400 in 2017, about two third of which go to

i.e. academics, find it increasingly difficult to devote to that task the time required, especially in the absence of scientific assistants, and in view of the increase of administrative tasks and the growing temptation to go (part time) into private practice to compensate for the comparatively low wages paid by universities.

While the decline of treatises is an interesting phenomenon, it does not signal a real change in the approach to law. The difference between treatises – declining – and textbooks – thriving – is indeed one of size, and not of nature.[69] Textbooks are obviously more oriented towards teaching purposes than treatises, but both types of books are primarily intended to present the law in an organized and systematic way – which is not necessarily that of the corresponding Code. Their purpose is therefore not just descriptive, but also dogmatic.[70] For all practical purposes, textbooks (and treatises before them) fulfil the function of commentaries in other legal systems:[71] not only do they document the state of the law, but they also purport to filter and stabilize it, while at the same time taking a critical approach to it and advocating some evolution.[72]

The order adopted in a treatise or textbook obviously reflects the author's views, and usually aims at presenting and advertizing their own way of systematizing a given subject – and thus, hopefully, to reach recognition and even fame.[73] It is remarkable, however, that most treatises and textbooks have converged towards the same approach and systematization. In the field of contract law, for example, all treatises and textbooks essentially follow a chronological order, from the conclusion of the contract to its extinction; moreover, usually the same issues are addressed in connection with the various steps of the contract's life, and in the same sequence. Similar observations can be made about tort law, and probably about many other branches of the law.

The reasons for this convergence should be researched thoroughly. It is suggested, however, that at least part of the explanation lies in the influence of case law. The choice to approach the life of a contract in chronological order is obviously first of all a matter of common sense, but the selection of

---

university: L'état de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'innovation en France, 28–29, online: <https://publication.enseignementsup-recherche.gouv.fr/eesr/FR/PDF/EESR12-FR.pdf>.

[69] *Jamin,* Le droit des manuels de droit (n. 5), 13.

[70] As *Jamin* puts it, their function is to teach students, but also lawyers generally, what the "good law" is: Le droit des manuels de droit (n. 5), 16.

[71] See, e.g., *F. Nagano,* Entwicklung und Stellenwert juristischer Kommentare in Japan: Literaturformen als Spiegel juristischer Denkweise, in diesem Band, 151–173.

[72] This is not to say that textbooks are the only significant element in French legal literature. Typically, the documentation function is also carried out by legal encyclopaediae, while articles (either in journals or in *Festschriften*) play an important critical function; and case notes are very important for the filtering and stabilization of case law.

[73] *Jamin,* Le droit des manuels de droit (n. 5), 16.

the issues addressed in the treatises and textbooks is usually a reflection of case law. In other words, the questions that are discussed in the books are precisely those that have been raised before the courts – or, more exactly, before the highest courts, especially the Cour de cassation in civil matters. As I have written elsewhere: "[p]rofessors have found themselves to be less a source of inspiration for the courts than commentators and analysers of the way in which judges exercise their discretion".[74]

This is indeed a major difference between the *Code civil* commentaries of the 19th century and modern textbooks or treaties. The former may look somewhat unsystematic to the modern reader, but they addressed a host of questions in connection with the various provisions or sections of the code, many of which had not (yet) been raised before the courts. Modern books, on the other hand, tend to trail case law. Case law is thus not only a source of the law; it is also, and perhaps more importantly, the lens through which legal scholars look at the law. Scholars discuss the questions that have been raised before the Cour de cassation and they tend to ignore the questions that have not. This is true to the extent that, if one is reflecting on a question that has not recently been raised before the highest courts, he will more likely find it addressed in the 19th century commentaries (or treatises) than in contemporary treatises or textbooks.

This importance of case law, and the way in which the courts shape the scholarly approach to law, is made even more apparent in a typical item of French legal literature, the annotated code, where each provision of the code (and of related independent statutes, as the case may be) is followed by the references to, and short excerpts of, cases in which that provision has been applied – or of cases which have a connection to the issue at stake in that provision, even if they do not apply it. At first sight, these annotated codes are not so different from some short commentaries that can be found in Germany, where each provision of the Code is followed by annotations. The annotations in the French codes are only references to cases, however, and the annotators' (real but limited) input consists in selecting and ordering the cases and highlighting the significant elements in them.

Arguably, it is precisely these cases, cited in the annotated codes, which constitute a commentary of the code's provisions. It is as if French scholars had left it to the courts to comment on and to develop legislative provisions. Scholars and the courts should not be opposed too sharply, of course, since the latter partly draw their inspiration from scholarly works (even if this is not made explicit in their judgments), and the former play an essential role in ordering case law and turning it into a coherent system. The fact remains, however, that the courts to a large extent "set the agenda" by bringing to the forefront the issues and questions which scholars will discuss. It is the courts

[74] *Borghetti,* Legal Methodology and Professors in France (n. 4), 222.

that define the frame which scholars will then try to fill with their reflections, rather than the scholars who set the canvas upon which judgments will then have to be drawn. And this game between scholars and judges is made possible by the fact that, at least in civil law, the Code provisions offer only a loose and to some extent incomplete frame, which gives the interpreters, whoever they might be, much freedom and leeway.

IV. Is There a Future for Legal Commentaries in France?

As is well known, the French law of obligations has recently been reformed.[75] More than 300 provisions of the *Code civil* have been revised, almost all of which had never been touched since 1804. The general spirit of the reform is one of continuity. While breaking new ground on certain issues, the drafters have tried to restate most of the solutions which were formerly found in the code or which the courts had developed on the basis of their (loose) interpretation of it.[76]

Despite the continuity between the "old" and the "new" *Code civil,* the reform has unsurprisingly attracted great interest in France (and abroad). Innumerable articles and a large number of books have been published on the subject. Interestingly, several of them take the form of commentaries. Some of these commentaries are very short, giving only basic explanations on the new provisions and bordering on a paraphrase.[77] Others are much more substantial, and come quite close to (short) "German-style" commentaries.[78] They analyse the new law on a provision-by-provision basis and try to identify the questions that are supposed to be answered by the new text, those which have deliberately been left open, and those which have been raised by the wording used.[79]

A very interesting side-effect of the reform is that it has changed the way in which French scholars look at the *Code civil.* As has been explained, before the reform they had become used to looking at the code through the lens

---

[75] See above, n. 52.

[76] See *J. Cartwright/S. Whittaker* (eds.), The Code Napoléon Rewritten, 2017.

[77] See, e.g., *N. Dissaux/C. Jamin,* Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016): Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, 2016; *P. Simler,* Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, 2nd edn., 2018.

[78] See especially *G. Chantepie/M. Latina,* Le nouveau Droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2nd edn., 2018; *O. Deshayes/T. Génicon/Y.-M. Laithier,* Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: Commentaire article par article, 2nd edn., 2018.

[79] This, according to *Remy,* is the typical approach of the commentator: Éloge de l'exégèse (n. 32), 121.

of case law, neglecting the black letter of its provisions in favour of the common understanding of its meaning found in judgments and textbooks. The reform, however, has revived the interest in the words used by the legislator, and the commentaries that have been published bear witness to that. The authors analyze the meaning of the new civil code provisions – and not of the judgments which interpret them (which do not yet exist anyway). This is especially noticeable where a new provision is very close to an old one for the same words, to which scholars hardly paid attention yesterday, are now scrutinized.

The recent reform of the French law of obligations might therefore be the dawn of a new era, where the exegetic approach to law is revived and commentaries once again constitute a significant feature of French legal literature. Much will depend, probably, on the continuation of the reform process. A reform of civil liability law (*droit de la responsabilité civile*) and a reform of security rights (*droit des sûretés*) are now in the pipeline. If these reforms are carried through, commentaries of the new law will no doubt be published, along the model of the new contract law commentaries, and this may help to set a new standard in French legal literature.

The main question is whether these reforms will have a lasting effect in shifting the focus back from case law to the letter of the codes. Only in the latter case can there be an enduring future for legal commentaries in France and it is not at all certain that this will happen. Courts will probably be reluctant to give away the power they have acquired over the last two hundred years, and the new legislative provisions, though less vague than some of the former ones, are likely to leave substantial leeway in terms of interpretation. Ultimately, however, it will be for the law professors to make a choice, since the importance of case law is also dependant on the presentation of the law by academics. The more they take the Code seriously, the more they should comment directly upon it – and not just upon its interpretation by the courts.

Kommentare zum italienischen Zivilgesetzbuch

Geschichte, Struktur und Funktion

Francesco Paolo Patti

I. Definition und Zweck des Kommentars

Zusammen mit weiteren Literaturformen (insbesondere Großlehrbüchern und Enzyklopädien) stehen in Italien Gesetzeskommentare im Mittelpunkt des juristischen Lebens. Zum *Codice civile* existieren dabei unterschiedliche Arten von Kommentaren: sehr große, große, mittlere und kurze Kommentare.[1] Die vielen unterschiedlichen Kommentare spielen sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis noch heute eine wichtige Rolle, auch wenn die Relevanz dieser Textgattungen – besonders in der Praxis – in den letzten Jahren geringer geworden ist.

Nach einer in der Literaturtheorie vorgeschlagenen Differenzierung lassen sich Literaturgattungen sowohl nach ihrer äußeren Form (Struktur) als auch

[1] Zur Struktur von Kommentaren siehe insbesondere *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2016, 289–301.

nach ihrer inneren Form (Haltung, Ton, Ziel) unterscheiden.[2] Folgt man dieser Auffassung, ist die äußere Form allein eigentlich kein ausreichender Maßstab, um die unterschiedlichen Literaturformen zu klassifizieren. Dennoch tendiert die italienische Jurisprudenz dazu, die Klassifikation deskriptiv an ihrer äußeren Form und nicht an ihrem Inhalt zu auszurichten.[3] Dies gilt gerade auch für die Kommentare zum *Codice civile.*

Auf konzeptioneller Ebene besteht in Italien ein weitgehender Konsens über die Definition und den Zweck eines Kommentars. Die Inhalte der Werke bieten freilich ein abwechslungsreiches Panorama, was Stil und Methode angeht, wobei diese nicht selten mit anderen Literaturformen übereinstimmen. Der Verfasser eines Kommentars sollte nach allgemeiner Ansicht unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur den Sinngehalt eines Textes einleuchtend darstellen. Bisweilen wird postuliert, dass der Autor auch kritische Bemerkungen anbringen sollte, die einen Ansatzpunkt für weitere Recherchen bieten. Ein Kommentar sollte es ermöglichen, „zu finden was man sucht". Die Verfasser sollen demnach für die Gemeinschaft der Juristen arbeiten und deren Recherchen erleichtern. Um zwischen einem guten und einem schlechten Kommentar zu unterscheiden, kommt es in erster Linie auf die Sorgfalt bei der Auswahl des Materials an, das im Kommentar Verwendung finden soll. Freilich bestehen Unterschiede zwischen einzelnen Kommentararten. Praxisorientierte Kommentare sind stärker auf die Rechtsprechung fokussiert. Großkommentare enthalten öfters ausführliche Angaben zur wissenschaftlichen Lehre und entwickeln mitunter autonome Theorien. Es existieren auch sehr kurze Kommentare, die nur für die Praxis verfasst worden sind.

Obgleich Kommentare in der italienischen Rechtswelt eine wichtige Rolle spielen, gibt es in der Lehre sehr wenige Beiträge über Struktur, Stellenwert und Funktionen juristischer Kommentare.[4] So werden z.B. kaum Rezensionen veröffentlicht, die zudem auch nur wenig Kritik an den Texten üben. Im Übrigen bieten die Ausführungen lediglich Betrachtungen zur Rolle der Kommentare in historischer Hinsicht. Auch in Italien könnte man deshalb von einem „Reflexionsdefizit" der Rechtswissenschaft in Bezug auf ihre Kommentare sprechen.[5]

Nach kurzen historischen und rechtsvergleichenden Ausführungen (II.) versucht der Beitrag die wichtigsten italienischen Kommentare zu kartieren (III.).

---

[2] *R. Wellek/A. Warren,* Theory of Literature, 1942, 235–247.

[3] *A. Gambaro,* L'informazione giuridica e i generi letterari; evoluzione globale e valutazioni, in: G. Conte (Hg.), Evoluzione e valutazione della ricerca giuridica, 2015, 199–208, 199.

[4] Siehe *F. Galgano/P. Cendon/G. Cian/A. Trabucchi/P. Rescigno/P. Schlesinger,* I commentari al codice civile: tavola rotonda, in: M. Sesta (Hg.), Per i cinquant'anni del codice civile, 1994, 327–382.

[5] Vgl. mit Bezug auf die deutsche Rechtsordnung *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 6–8.

Anschließend werden andere Literaturformen, die die juristischen Darstellungen auf nationaler Ebene charakterisieren, untersucht (IV.). Die Gegenüberstellung mit anderen Literaturformen wird es erlauben, einige Schlussfolgerungen in Bezug auf den Stellenwert der Kommentare im akademischen Bereich, im Zusammenhang mit der Rechtsprechung und für eventuelle Gesetzesreformen zu ziehen (V.). Der Schlussteil ist den Zukunftsperspektiven der Kommentare gewidmet (VI.).

II. Historische und rechtsvergleichende Perspektive

Die Eigenart der italienischen Textgattungen lässt sich durch Anknüpfung an die Geschichte der italienischen Zivilgesetzbücher und die jeweiligen methodischen Ansätze der italienischen Lehre darstellen.[6] Kommentare hatten in unterschiedlichen Epochen einen unterschiedlichen Stellenwert. Darüber hinaus haben die Veränderungen in der italienischen Methodenlehre Auswirkungen auf den Inhalt der Kommentare gehabt.

1. Die exegetische Periode und der Codice civile von 1865

In Italien wurden zwei Zivilgesetzbücher erlassen, im Jahre 1865 und im Jahre 1942. Erst mit dem zweiten Zivilgesetzbuch verzeichnete man einen nachhaltigen Aufschwung des Gesetzeskommentars und eine Diversifikation unterschiedlicher Formen. Die historische und rechtsvergleichende Perspektive bietet hierfür eine Erklärung.[7]

Der erste *Codice civile* war im Großen und Ganzen eine Übersetzung des französischen *Code Napoléon.*[8] Schon vor der italienischen Einheit wurden viele französische Großlehrbücher und Kommentare ins Italienische übersetzt[9] und die Methode der sogenannten *école de l'exégèse* hatte einen bedeutsamen Einfluss auf italienische Autoren.[10]

---

[6] *G. Christandl,* Juristische Methodenlehre in Italien – oder: Kurze Geschichte der italienischen Zivilrechtswissenschaft ab dem 19. Jahrhundert, RabelsZ 83 (2019), 289–315.

[7] Grundlegend *R. Sacco/P. Rossi,* Introduzione al diritto comparato, 7. Aufl., 2019, 221–231.

[8] Vgl. *C.J.A. Mittermaier,* Die neuesten Leistungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung über Civilprozeß und Gerichtsverfassung […], AcP 50 (1867), 80–104, 88 ff.; *G.P. Chironi,* Le Code civil et son influence en Italie, in: Le Code civil 1804–1904 – Livre du centenaire publié par la Societé d'Étude Législatives, Bd. 2, 1904, 762 ff.; *G. Astuti,* Del Code Napoléon in Italia e della sua influenza sui Codici degli Stati italiani successori, in: *ders.,* Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea: raccolta di scritti, Bd. 2, 1984, 711–801; *A. Gambaro/R. Sacco,* Sistemi giuridici comparati, 4. Aufl., 2018.

[9] Unter anderem. die Werke von Delvincourt, Toullier, Marcadé, Demolombe, Proudhon und Laurent. Siehe dazu *A. Cavanna,* Influenze francesi e continuità di aperture euro-

In Frankreich konnte sich die Textform des Kommentars, trotz einer gewissen Blütezeit im 19. Jahrhundert, nicht nachhaltig etablieren.[11] Ähnliches gilt für Italien. Unmittelbar nach Inkrafttreten des *Codice civile* im Jahre 1865 wurden jedoch einige Kommentare veröffentlicht, aus denen sich interessante methodische Hinweise ergeben.[12] Diese Kommentare enthielten Angaben zu den Gesetzesmaterialien, zu den Quellen des römischen Rechts und einen kleinen Vergleich mit dem *Code Napoléon* sowie dem ABGB.[13] Dabei war der methodische Ansatz der italienischen *Scuola dell'esegesi* in diesen Texten klar erkennbar. Die Kommentare stellten das Gesetz in den Mittelpunkt der Diskussion und berücksichtigten in erster Linie den Wortlaut. Die Autoren der Kommentare hoben zudem vor allem das durch den *Codice civile* erreichte Ergebnis einer nationalen Einheit hervor. Darüber hinaus wurde der *Codice civile* als wichtigstes Instrument zur Rationalisierung und Verstaatlichung des Rechts angesehen. Unter Verweis auf das römische Recht als die angeblich ursprüngliche Quelle der Rechtsregeln leugneten die Verfasser der Kommentare in dieser Epoche den offensichtlichen französischen Einfluss auf den *Codice civile* und behaupteten vielmehr, dass das Zivilgesetzbuch von 1865 das genuine Ergebnis der italienischen Rechtstradition sei.[14] Für die Anhänger der *Scuola dell'esegesi* stimmte das System des italienischen Zivilrechts mit dem System des *Codice civile* überein. Für den italienischen Juristen war der Kommentar folglich

---

pee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento, in: *ders.,* Scritti (1968–2002), 2007, Bd. 2, 1185–1217, 1197.

[10] Zum Einfluss der *École de l'exégèse* auf die italienische Rechtslehre, siehe *G. Tarello,* La „Scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia, in: Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa, 1969, 240–276, 264 ff.; *ders.,* Scuola dell'esegesi, in: Novissimo digesto italiano, Bd. 14, 1969, 819–823; *P. Grossi,* La cultura del civilista italiano, 2002, 7–14.

[11] Siehe *J.-S. Borghetti,* Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?, in diesem Band, 45–60, 47–52.

[12] Siehe z.B. *V. Cattaneo/C. Borda,* Il Codice civile italiano, Turin, 1865; *E. Pacifici Mazzoni,* Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza, 2. Aufl., Florenz, 1870–1881; *L. Borsari,* Commentario del Codice civile italiano, Turin, 1871–1874; *D. Galdi,* Commentario del Codice civile – per l'avvocato e professore di diritto, Neapel, 1871; *G. Delvitto,* Commentario teorico pratico di diritto civile, Turin, 1876 ff.; *G. Vignali/G. Scalamandrè,* Commentario al Codice civile italiano, Neapel, 1878.

[13] Vor der Beendigung des nationalen Harmonisierungsprozesses galt im Königreich Lombardo-Venetien das ABGB. Zum Einfluss der napoleonischen und der österreichischen Kodifikation auf die italienische Rechtslehre siehe *R. Ferrante,* Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB, in: P. Caroni/E. Dezza (Hg.), L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa – Atti del convegno Internazionale Pavia, 11–12 ottobre 2002, 2006, 339–363.

[14] Vgl. insbesondere *Borsari,* Commentario (Fn. 12), Bd. 1, 5 ff. Siehe dazu *G. Cazzetta,* „Veramente italiano": il diritto nazionale nella retorica della scienza giuridica postunitaria, in: P. Bianchi/C. Latini (Hg.), Costruire l'Italia – Dimensione storica e percorsi giuridici del principio di unità, 2013, 81–99, 89.

die ideale Form, um die analytische Struktur der Jurisprudenz zum Ausdruck zu bringen.[15] Darüber hinaus konzentrierten sich die italienischen Rechtskenntnisse im 19. Jahrhundert hauptsächlich in der Hand von Anwälten und Richtern,[16] und auch dies beeinflusste den Erfolg der literarischen Gattung des Kommentars: Der Kommentar machte keine Gedankensprünge und bot übersichtliche Lösungen. Die in den Kommentaren betriebene Exegese war somit eine nützliche Stütze für die Rechtspraxis.

Als „Krisenjahr" der *Scuola dell'esegesi* und historischer Wendepunkt für die italienische Rechtswissenschaft wird üblicherweise das Jahr 1881 angesetzt,[17] als *Emanuele Gianturco* seine Abhandlung über die Methode veröffentlichte.[18] Der Autor forderte die italienische Rechtswissenschaft auf, sich vom französischen Modell einer exegetischen Methode zu lösen und stattdessen einem systematischen Ansatz nach dem Vorbild deutscher Juristen zu folgen.[19] Besonders interessant erscheint in der Arbeit von *Gianturco* die Verbindung, die er zwischen Methode und Literaturform herstellt, wenn er betont, dass der Kommentar und das Großlehrbuch keine beliebigen Darstellungsformen oder Hilfsmittel seien, sondern die historischen Gegebenheiten von Rechtswissenschaft und Recht widerspiegeln.[20] Nach der Meinung *Gianturcos* ist die Kommentarform nützlich, um normative Neuerungen anzuge-

---

[15] Vgl. *Christandl,* Juristische Methodenlehre in Italien (Fn. 6), 298: „Das starre Korsett der Kodifikation als äußerer Rahmen rechtswissenschaftlicher Betätigung reduzierte die wissenschaftliche Produktion auf rigoros am Gesetzestext haftende Kommentierungen zu den einzelnen Bestimmungen der neuen Kodifikation".

[16] *L. Lacchè,* Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'ottocento, Quaderni fiorentini 39 (2010), 153–228, 170. Siehe z.B. mit Bezug auf Neapel *A. Mazzacane,* A Jurist for United Italy: The Training and Culture of Neapolitan Lawyers in the Nineteenth Century, in: M. Malatesta (Hg.), Society and the Professions in Italy 1860–1914, 2002, 80–110.

[17] *N. Irti,* Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia, Riv. dir. civ. (Rivista di diritto civile) 1971, I, 379–389, 381 „Si è indicato nel 1881 l'anno della crisi della scuola esegetica".

[18] *E. Gianturco,* Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia, in: *ders.,* Opere giuridiche, Bd. 1, 1947, 3–12. Dieser pandektistischen Einstellung folgend bevorzugte Gianturco eine Methode, die der dogmatischen Rekonstruktion der Rechtsinstitute zugewandt war. Der Lehre von Rudolf von Jhering folgend achtete er jedoch auch auf die Rechtsanwendung. Er war der erste Autor in Italien, der eine Fallsammlung zu Ausbildungszwecken vorbereitete. Siehe dazu *F. Treggiari,* Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento), Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1986, 1235–1276; *A. Mazzacane,* Emanuele Gianturco avvocato, professore e statista, in: M. Tedeschi/A. Mazzacane (Hg.), Rileggere i maestri, Bd. 2, 2012, 29–57.

[19] *Gianturco,* Gli studi di diritto civile (Fn. 18), 6.

[20] *Gianturco,* Gli studi di diritto civile (Fn. 18), 6: „il commentario e il trattato non sono forme di esposizione o mezzi di ricerca arbitrari, ma rispondono alla condizione storica degli studii e del diritto stesso".

hen. Sobald aber die neuen Vorschriften und die ihnen zugrundeliegenden Prinzipien verstanden sind, habe der Kommentar seinen Nutzen verloren.

Unter diesem Gesichtspunkt kritisiert *Gianturco* den Kommentar als Literaturform, indem er behauptet, dass nach Inkrafttreten des *Codice civile* von 1865 die meisten der in den vorangegangenen 16 Jahren veröffentlichen Arbeiten über den ganzen oder einen Teil des *Codice civile* lediglich aus exegetischen, mit Zitaten angereicherten Einzelerläuterungen bestünden. Das größte Verdienst der Verfasser liege darin, die französische Literatur gesammelt und, wo notwendig, das Verständnis der grammatischen Bedeutung vertieft zu haben.[21] Das Fehlen eines systematischen Großlehrbuchs über das gesamte Zivilrecht oder wenigstens seinen allgemeinen Teil moniert *Gianturco* ausdrücklich.

Mit der Überwindung der *Scuola dell'esegesi* entwickelte sich demnach eine gewisse Abneigung gegenüber dem Kommentar. Dieser wurde als Literaturform angesehen, die zu wenig Raum für dogmatische Konstruktionen ließ. Ziel der Lehre war es dagegen nun, ein neues Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Gesetzestext zu finden, d.h. zwischen dem System des Zivilrechts und dem *Codice civile.*[22] Zu jener Zeit stellte der Kommentar wahrlich nicht die für die neue Methode geeignete Literaturform dar. Die (Re-)Konstruktion eines Systems, das die Juristen der damaligen Zeit im Sinne hatten, verlangte danach, sich weniger an der inneren Ordnung des *Codice civile* zu orientieren, als vielmehr eine Verbindung zwischen historisch weit zurückliegenden Instituten zu schaffen und immer allgemeinere Theorien zu erarbeiten.[23] In diesem Kontext begann man, die deutschen Großlehrbücher zu studieren und große enzyklopädische Werke vorzubereiten.

2. Der Einfluss der deutschen Pandektistik und der Codice civile von 1942

Für *Emanuele Gianturco* stand fest, dass sich die italienische Privatrechtswissenschaft eher an der Methode der Darstellung und der Forschung zum römischen Recht ausrichten sollte.[24] Das Inkrafttreten eines neuen *Codice civile*

---

[21] *Gianturco,* Gli studi di diritto civile (Fn. 18), 5.

[22] Siehe *A. Rocco,* La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni, Riv. dir. comm. (Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni) 1911, I, 285–304; *B. Donati,* Dall'esegesi delle leggi alla scienza del diritto, Rivista internazionale di filosofia del diritto 1925, IV, 583–603; *Irti,* Filomusi Guelfi (Fn. 17), 383.

[23] Für eine Rekonstruktion dieser Zeit im Zusammenhang mit den in Italien erlassenen Gesetzen, siehe *A. Grilli,* L'Italia dal 1865 al 1942: dal mito al declino della codificazione, in: M. Ascheri (Hg.), Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni, 2008, 157–174.

[24] *Gianturco,* Gli studi di diritto civile (Fn. 18), 8: „il diritto romano, in moltissime sue parti, specialmente nella dottrina delle obbligazioni, è ancora vivo: è stato fino a non molto tempo addietro il diritto comune dei popoli civili d'Europa; ed io non so proprio capire, perché non dobbiamo trar profitto per il diritto privato moderno degli studii e del metodo adoperati per il diritto romano“ [Das römische Recht ist in vielen seiner Teile, vor allem in der Dogmatik des Schuldrechts, noch lebendig: Es war bis vor kurzem das gemeinsame

sollte letztendlich nicht dazu führen, die exegetische Methode gerade der ersten Kommentare zum *Codice civile* von 1865 zu übernehmen. Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts entwickelte sich ein spezifisches Interesse an der deutschen Lehre, insbesondere an der Pandektenwissenschaft.[25] Die Kenntnis der Werke der Pandektisten ließ das Interesse für das römische Recht wiedererstarken. Junge italienische Wissenschaftler begaben sich zeitweise während ihrer Ausbildung nach Deutschland,[26] und auch in Italien begann das Modell einer romanistischen Zivilistik Fuß zu fassen. Zur gleichen Zeit wurden die Hauptwerke der deutschen Pandektisten ins Italienische übersetzt, zunächst mit dem erklärten Ziel, als Hilfsmittel für die gerichtliche Praxis zu fungieren und die Aufgaben derjenigen zu erleichtern, die der deutschen Sprache nicht mächtig waren.[27] So wurden zum Beispiel[28] *Arndts'* Lehrbuch der Pandekten,[29] *Savigny*s System des heutigen römischen Rechts[30] und *Windscheid*s Pandektenrecht ins Italienische übersetzt.[31] Dabei war insbesondere die Übersetzung *Windscheid*s für die Entwicklung der italienischen Lehre sehr wichtig.[32] Die Übersetzer *Fadda* und *Bensa* versahen *Windscheid*s Text mit Referenzen zum italienischen Recht. So wurde deutlich, dass Juristen auch im Angesicht eines Gesetzestextes spekulative Argumente entwickeln konnten. Die Kodifikation zwang also nicht notwendigerweise zur Annahme der exegetischen Methode.

Auch der innovative Charakter des *Codice civile* von 1942,[33] in den nun auch das Handelsrecht[34] einfloss, veranlasste die Lehre nicht dazu, diese neue

---

Recht der zivilisierten Völker Europas; und ich kann nicht verstehen, warum wir nicht für das moderne Privatrecht von den für das römische Recht angewandten Forschungen und Methoden profitieren sollten].

[25] *L. Ferrajoli,* La cultura giuridica nell'Italia del Novecento, 1999, 16–19; *G. Alpa,* Diritto civile italiano: due secoli di storia, 2018, 221–251. Siehe auch *Christandl,* Juristische Methodenlehre in Italien (Fn. 6), 298–300.

[26] *Ferrajoli,* La cultura giuridica (Fn. 25), 36 Fn. 37.

[27] Dies war der Hauptzweck des von Filippo Serafini, Übersetzer des Pandektenlehrbuchs von Arndts, eingeleiteten Programms; siehe *F. Furfaro,* Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento – Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid, 2016, 72–79.

[28] Für eine Übersicht der ins Italienische übersetzten Werken der deutschen Pandektenwissenschaft, siehe *Furfaro,* Recezione e traduzione (Fn. 27), 383–399.

[29] *K.L. Arndts von Arnesberg,* Trattato delle Pandette, übersetzt von F. Serafini, Bde. 1–3, Bologna, 1872 ff. (3. Aufl., 1877–1880; Bd. 1 in 4. Aufl., 1882).

[30] *F.C. Savigny,* Sistema del diritto romano attuale, übersetzt von V. Scialoja, Bde. 1–8, Turin, 1886–1898.

[31] *B. Windscheid,* Diritto delle Pandette, übersetzt von C. Fadda und P.E. Bensa, Bde. 1–3, 1902–1904.

[32] *Grossi,* La cultura del civilista (Fn. 10), 22 f. Siehe auch *Furfaro,* Recezione e traduzione (Fn. 27), 263–371.

[33] Siehe *A. Gambaro,* Codice civile, in: Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Bd. 2, 1988, 442–457, 453 f.; *K. Zweigert/H. Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, 96 ff.

Kodifikation nun Norm für Norm zu kommentieren.[35] Denn das Interesse der Lehre konzentrierte sich nicht auf den *Codice* als solchen, sondern vielmehr auf die einzelnen vom neuen *Codice civile* geregelten Problembereiche.[36] Die Annahme, der Aufstieg der Kommentare sei eine natürliche Folge des *Codice civile* von 1942 gewesen, wäre also verfehlt. Wie oben beschrieben, wurde die Kommentarform Anfang des 20. Jahrhunderts noch als ein Kennzeichen der italienischen *École de l'exégèse* wahrgenommen.[37] Von diesem methodischen Ansatz wollte sich die italienische Rechtswissenschaft nun endgültig befreien und bevorzugte deswegen die Literaturformen der Großlehrbücher und Enzyklopädien, in denen es einfacher war, einen dogmatischen und systematischen Ansatz zu verfolgen.[38]

Auch wenn also Anfang des 20. Jahrhunderts die Textform des Kommentars nicht sofort rezipiert wurde, begannen die italienischen Juristen aber die deutschen Kommentare nach und nach zu schätzen. In einigen Fällen wurden deutsche Kommentare dann auch für die Vorbereitung des neuen Gesetzbuches von 1942 in Betracht gezogen. Dies galt insbesondere für die Anfertigung des vierten Buches zum Schuldrecht und Vertragsrecht.[39] Entsprechend finden sich in den Fußnoten der Autoren, die am vierten Buch gearbeitet haben, Hinweise auf die deutschen Kommentare.[40] Eine direkte Übernahme eines deutschen Kommentarmodells gab es jedoch erst in späteren Jahren.

3. *Aufstieg der Kommentarform in den siebziger und achtziger Jahren*

Eine regelrechte Explosion der Kommentarform erfolgte in Italien erst in den siebziger Jahren. Dafür gibt es unterschiedliche Gründe. Erstens war die italienische Rechtswissenschaft nach dem Inkrafttreten des *Codice civile* von 1942 sehr abstrakt und begriffsorientiert.[41] Probleme des täglichen Lebens wurden selten in Betracht gezogen. In den sechziger und siebziger Jahren wurde dann

---

[34] Vgl. *M. Rotondi,* Entstehung und Niedergang des autonomen Handelsrechts in Italien, AcP 167 (1967), 29–63; *A. Asquini,* Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942, Riv. dir. comm. 1967, I, 1–8.

[35] Eine Ausnahme ist der Kommentar *M. D'Amelio/E. Finzi* (Hg.), Codice civile, 1940 ff.

[36] Siehe *P. Rescigno,* Il codice civile del 1942 visto dalla scienza giuridica, in: *ders.,* Codici – Storia e geografia di un'idea, 2013, 17–33, 21 ff.

[37] *G. Cazzetta,* Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne, 2. Aufl., 2013, 138 ff.

[38] Siehe *F. Ferrara,* Un secolo di vita del diritto civile (1839–1939), Riv. dir. comm. 1939, I, 429–444, 439.

[39] Vgl. *F. Vassalli,* Motivi e caratteri della codificazione civile, Rivista italiana di scienze giuridiche 1947, 76–107, 95 f.; *M. Brutti,* Vittorio Scialoja, Emilio Betti – Due visioni del diritto civile, 2013, 175–181.

[40] Siehe *E. Betti,* Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und -vergleichender Betrachtung, in: Festgabe Rudolf Müller-Erzbach, 1954, 7–33.

aber deutlich, dass man die Arbeit der Rechtsprechung auch in der Theorie berücksichtigen sollte.[42] Der Kommentar wurde dabei als eine geeignete Literaturform angesehen, um eine Verbindung zwischen Theorie und Praxis herzustellen. Die Rechtsprechung begann in den siebziger Jahren viele Vorschriften des Gesetzbuches im Lichte der Verfassung neu auszulegen.[43] Eine solch kreative Rechtsprechung sollte systematisch aufbereitet werden, und dem Kommentar kam nun die Funktion zu, diese Neuheiten zu erklären. Die Kommentierung einzelner Vorschriften führte dazu, dass die Lehre die Rechtsprechung aufmerksamer berücksichtigte, und half, eine übermäßige Abstraktion zu vermeiden. Auch dieser praktische Nutzen der Kommentare erklärt den wachsenden Erfolg der Literaturform ab den siebziger Jahren.[44]

Zweitens waren die siebziger und achtziger Jahre eine Zeit, in der etliche Gesetze zum Privatrecht außerhalb des *Codice civile* erlassen wurden (man sprach von einer „decodificazione").[45] Der Kommentar konnte deswegen als Instrument zur Verbindung des Gesetzbuches mit seinen Nebengesetzen dienen.[46] So sind in den großen Kommentaren bisweilen zu den Vorschriften des *Codice civile* auch Normen aus neuen, thematisch verwandten Gesetzen eingefügt. In der Wahrnehmung der italienischen Juristen bildete der Kommentar damit einen bedeutenden Faktor für die „ricodificazione" des Privatrechts.[47] In diesem Sinne wurde vor einigen Jahren einer der wichtigsten Kommentare zum Zivilgesetzbuch, der *Scialoja/Branca*[48], in „Commentario del codice civile e codici collegati" umbenannt. Denn es handelt sich nicht nur um einen Kommentar zum Zivilgesetzbuch, sondern auch zu den „verbundenen" Gesetzen. Die Idee des Herausgebers *Giorgio De Nova* war es, den *Codice civile* als eine Art Inhaltsverzeichnis des gesamten Privatrechts zu präsentieren.[49] Darüber hinaus werden neu konzipierte Gesetzbücher, wie etwa der *Codice del consumo* auch in eigenen Kommentaren kommentiert.

---

[41] Siehe, aus einer externen Perspektive, *J.H. Merryman,* The Italian Style I: Doctrine, Stanford LR 18 (1965), 39–65.

[42] Siehe insbesondere *G. Gorla,* Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze, Foro italiano 1964, IV, 73–87; *ders.,* Civilian Judicial Decisions: An Historical Account of Italian Style, Tulane LR 44 (1969/1970), 740–749.

[43] Zu diesem methodologischen Ansatz, siehe insbesondere *S. Rodotà,* Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile, Riv. dir. comm. 1967, I, 83–99, 95 ff.

[44] *Schlesinger,* I commentari al codice civile (Fn. 4), 368 f.

[45] Siehe *N. Irti,* L'età della decodificazione, 1978.

[46] *Galgano,* I commentari (Fn. 4), 327 f.; *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 337–339; *Trabucchi,* I commentari (Fn. 4), 354.

[47] Siehe *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 340. Zur *ricodificazione* siehe insbesondere *S. Patti,* Ricodificazione, Riv. dir. civ. 2018, 435–454.

[48] *A. Scialoja/G. Branca* (Hg.), Commentario del codice civile, 1940 ff. (fortgesetzt von *F. Galgano* und jetzt *G. De Nova*). Zu diesem Kommentar näher unten III.1.

Schließlich änderte sich in den siebziger und achtziger Jahren auch die Arbeitsweise der Rechtsanwälte. Bis zu diesem Zeitpunkt griffen Praktiker fast nur auf monographische Werke oder bestimmte Großlehrbücher zurück; nun wurden zunehmend auch Kommentare in der Rechtspraxis herangezogen. Der Markt der juristischen Veröffentlichungen brauchte neue Produkte. Jedenfalls bis zur Einführung der Datenbanken[50] etablierte sich damit der Kommentar als eine sehr erfolgreiche Literaturform.

III. Eine Kartierung der unterschiedlichen italienischen Kommentare

Die Kommentare zum *Codice civile* von 1942 enthalten im Allgemeinen viele Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung. Stil und Methode der Kommentierung hängen stark vom jeweiligen Adressatenkreis ab. Die kurzen Kommentare sind praxisorientierter als die großen. Innerhalb der Großkommentare besteht häufig eine erhebliche Inhomogenität zwischen den einzelnen, von unterschiedlichen Autoren verfassten Kommentierungen. Das Niveau der Kommentierung hängt allein von den Fähigkeiten des jeweiligen Autors ab; die Zugehörigkeit eines Bandes zu einer Kommentarreihe bietet keinerlei Garantie für die Qualität des Produkts. Hinsichtlich der großen Kommentare ist es in Italien daher sinnvoller, von Stil und Methode des jeweiligen Autors zu sprechen statt von Stil und Methode des Kommentars. Im Folgenden wird daher zwischen Großkommentaren, Kurzkommentaren und „weiteren" oder „anderen" Kommentaren differenziert.

1. Die führenden Großkommentare

Die Kommentare, die im Laufe des 20. Jahrhunderts am meisten Erfolg hatten und auch derzeit noch im Handel erhältlich sind, sind diejenigen von *Scialoja/Branca*[51] und *Schlesinger*[52]. Die Kommentare werden im allgemeinen Sprachgebrauch nach ihren ersten Herausgebern benannt, obwohl im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Juristen die Leitung der großen Werke übernommen haben. Der Herausgeber wird dabei von den Verlagen unter den (auf

---

[49] Siehe, mit Bezug auf sein im Verlag Zanichelli herausgegebenes Werk *G. De Nova,* A proposito del commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli, Riv. dir. comm. 2017, II, 8–11, 9.

[50] Dazu näher unten V.2. Vgl. *M. Foglia,* Il ruolo dell'informatica giuridica nella misurazione del diritto, in: P. Sirena (Hg.), Dal „fitness check" alla riforma del codice civile: Profili metodologici della ricodificazione, 2019, 119–131, 123 ff.

[51] *Scialoja/Branca,* Commentario del codice civile (Fn. 48).

[52] *P. Schlesinger* (Hg.), Il codice civile. Commentario, 1987 ff. (fortgesetzt von *F. D. Busnelli* und jetzt *G. Ponzanelli*).

nationaler Ebene) angesehenen Professoren des Privatrechts ausgewählt. Ihm kommt primär die Aufgabe zu, Autoren für die verschiedenen Bände auszusuchen. Obwohl man in den Kommentaren selbst keine expliziten Verweisungen findet, kann man sagen, dass sich die oben genannten Werke von der „edlen Tradition“[53] der deutschen Kommentare haben inspirieren lassen.

Allerdings fehlt im Zusammenhang mit diesen Kommentaren meist eine präzise Planung der Zielsetzung und Struktur der Kommentierung, wie sie in der deutschen Rechtskultur von grundlegender Bedeutung ist. Zunächst hängt die Anzahl der zu kommentierenden Artikel des *Codice civile* fast immer von der Verfügbarkeit des Autors ab. Die einzelnen Bände umfassen normalerweise einen Teil oder einen Unterabschnitt des *Codice civile;* gelegentlich werden diese Unterabschnitte aber auch noch weiter unterteilt, so dass ein Band nur einem einzigen Artikel gewidmet sein kann. Auch die (ungefähre) Seitenzahl der einzelnen Bände wird meist nicht im Voraus geplant.[54] Dies führt dazu, dass Themenbereiche, die aus praktischer Sicht von enormer Relevanz sind, manchmal nur in dünnen Bänden angesprochen werden und mit nur wenigen Zitate zur Lehre und zur Rechtsprechung kommentiert sind. Zugleich werden Themen von geringerer praktischer Bedeutung bisweilen in außerordentlicher Tiefe bearbeitet. Letztlich repräsentiert jeder Band ein auf die Interessen und Neigungen des einzelnen Autors zurückführbares Produkt.[55] Im Übrigen erscheint der Name des Autors auf der Titelseite des Bandes, während die Zugehörigkeit zum Kommentar meist nur aus dem Layout und den redaktionellen Vorgaben oder aus den bibliographischen Detailangaben erkennbar ist.

Anders als in der deutschen juristischen Literatur werden in Italien grundsätzlich keine Rezensionen über ganze Kommentare verfasst.[56] Wenn überhaupt, werden einzelne Bände rezensiert und deren spezifische Vor- und Nachteile besprochen, allerdings ohne dabei den umfassenderen Kontext des Kommentars zu berücksichtigen.[57]

---

[53] *P. Rescigno,* A proposito del commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli, Riv. dir. comm. 2017, II, 3–8, 4 f. Es existiert aber kein historisch-kritischer Kommentar zum *Codice civile,* wie er in Deutschland zum BGB von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann herausgegeben wird.

[54] Siehe *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 334.

[55] Häufig wird ein Band nur von einem Autor verfasst, teilweise aber auch von einem kleinen Autorenteam, das dann zumeist von einem Bandherausgeber koordiniert wird.

[56] Es wurde jedoch eine Besprechung des Staudinger-Kommentars veröffentlicht: *S. Patti,* I cento anni dello Staudinger, Riv. dir. civ. 1998, 771–779.

[57] Die ersten Auflagen des Scialoja/Branca wurden öfters besprochen; siehe z.B. *A. Pavone La Rosa,* Rezension: L. Ferri, Della trascrizione, in: Scialoja/Branca, Commentario del codice civile (Fn. 48), 1955, Riv. dir. civ. 1958, I, 243–245; *A. Caltabiano,* Rezension: T. Ascarelli, Obbligazioni pecuniarie, in: Scialoja/Branca (*loc. cit.*), 1959, Riv. dir. civ. 1960, I, 84–87; *F. Di Sabato,* Rezension: L. Buttaro, Del giuoco e della scommessa, in: Scialoja/Branca (*loc. cit.*), 1959, Riv. dir. civ. 1960, I, 534–538. In der deutschen

Im Hinblick auf die Aufteilung der Kommentarbände gibt es freilich Unterschiede zwischen den führenden Großkommentaren. Im Scialoja/Branca wird in vielen Bänden eine bedeutende Anzahl von Artikeln zusammengeführt; die Kommentierungen sind relativ ausführlich, aber im Umfang noch überschaubar.[58] Im Schlesinger hingegen erwecken oft schon die jeweiligen Einzelbände wegen ihrer Länge und inhaltlichen Aufmachung den Eindruck eines Großlehrbuches.[59]

Ein weiteres Problem bei den größeren Kommentaren ist die Tatsache, dass nicht alle Bände auf dem neuesten Stand sind. Oftmals ist ein Band zuletzt in den siebziger, achtziger oder neunziger Jahren erschienen.[60] Verlage und Herausgeber schaffen es nicht, die Bände regelmäßig auf den neuesten Stand bringen zu lassen. Dies führt dazu, dass die Angaben im Kommentar für die Lösung eines praktischen Falls häufig ungenügend sind. Praktiker müssen sicherheitshalber zusätzlich eigene Recherchen anstellen. Schließlich sind beide Großkommentare – was überraschend erscheinen mag – nicht vollständig: Einige Artikel des *Codice civile* sind trotz des langen Erscheinungszeitraums nie kommentiert worden.[61]

Die Kommentare von Scialoja und Schlesinger beanspruchen ganze Regale der italienischen Bibliotheken, und der unerfahrene oder ausländische Jurist

---

Literatur siehe *H. Stoll,* Rezension: S. Patti, Della prova testimoniale. Delle presunzioni, Art. 2721–2729, in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 2001, RabelsZ 67 (2003), 611–618.

[58] Siehe z.B. *D. Rubino,* Delle obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili, Art. 1285–1320, 2. Aufl., in: Scialoja / Branca, Commentario del codice civile (Fn. 48), 1968 (neue Auflage *E.A. Emiliozzi,* Obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili, 2019); *F. De Martino/R. Resta/P. Jaricci/G. Pugliese,* Beni. Proprietà. Superficie, Art. 810–956, 4. Aufl., in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 1976; *R. Scognamiglio,* Dei contratti in generale, Art. 1321–1352, in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 1970; *F. Galgano/G. Visintini,* Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare, Art. 1372–1405, in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 1993.

[59] So *Trabucchi,* I commentari (Fn. 4), 356. Siehe z.B. die 650 Seiten zur Vertragsstrafe von *Silvio Mazzarese,* La clausola penale, Art. 1382–1384, in: Schlesinger, Codice civile (Fn. 52), 1999. Siehe auch unten IV.1.

[60] Vgl. unter den nicht mehr aktualisierten Bänden im „Scialoja / Branca" *G. Cattaneo,* Della mora del creditore, Art. 1206–1217, in: Scialoja / Branca, Commentario del codice civile (Fn. 48), 1973; *G. Perlingieri,* Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'inadempimento, Art. 1230–1259, in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 1975; *C.M. Bianca,* Dell'inadempimento delle obbligazioni, Art. 1218–1229, 2. Aufl., in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 1979. Der älteste Band des Kommentars (ohne Aktualisierung) ist *E. Bassanelli,* Impresa agricola, Art. 2135–2187, in: Scialoja / Branca (*loc. cit.*), 1943. Im Schlesinger-Kommentar ist ein gutes Beispiel *G. Patti/S. Patti,* Responsabilità precontrattuale e contratti standard, Art. 1337–1342, in: Schlesinger, Codice civile (Fn. 52), 1993.

[61] Auf der Webseite des Verlagshauses des „Scialoja / Branca" steht „A distanza di quasi settant'anni, il *Commentario* è ora pressoché completato" [nach siebzig Jahren ist der Kommentar fast fertiggestellt]: online: <https://www.zanichelli.it/giuridico/catalogo-e-novita/collane/commentario-codice-civile/dvd-scialoja-branca>.

kann mitunter trotz Angabe der Artikel des Gesetzbuches Schwierigkeiten haben, sich zu orientieren. In anderen Ländern werden ältere Auflagen in den Bibliotheken durch neue Auflagen ersetzt; Altauflagen bleiben lediglich für Rechtshistoriker relevant. In Italien sind die früheren Ausgaben jedoch immer noch neben den Neuauflagen zu finden und werden teils sogar bevorzugt zitiert, wenn der Beitrag des früheren Autors als besonders gewichtig angesehen wird. Dass die Fundstellen aus Rechtsprechung und Literatur dann nicht mehr auf dem neuesten Stand sind, wird dabei in Kauf genommen.

Ab dem Jahr 2009 muss als Großkommentar auch das von *Gabrielli* herausgegebene Werk genannt werden,[62] auch wenn die Bearbeitung weniger umfassend erscheint als die des Scialoja/Branca und des Schlesinger. Das Werk bietet einen Kommentar der Vorschriften des *Codice civile* und der wichtigsten anderen Gebiete des Privatrechts. Es besteht derzeit aus 46 Bänden. Dabei wächst es stetig weiter und behandelt mittlerweile auch neue Fachgebiete wie zum Beispiel den Schutz personenbezogener Daten. Das große Verdienst der Initiative, welche auf den Direktor *Enrico Gabrielli* und die Unterherausgeber der einzelnen Bände zurückzuführen ist, ist es, die Arbeit in einer (für italienische Verhältnisse) sehr kurzen Zeit abgeschlossen zu haben und somit einen kompletten und aktuellen Kommentar anzubieten, welcher für Recherche und Praxis sehr nützlich ist. Eine bleibende Herausforderung für die Zukunft ist es, dieses Werk auch systematisch zu aktualisieren.

Schließlich muss man noch den von *Paolo Cendon* herausgegebenen Kommentar erwähnen, welcher sich durch seine kohärente Struktur und eine achtsam kalibrierte, auf die Relevanz der behandelten Materie abgestimmte Kommentierung auszeichnet.[63]

2. *Kurzkommentare und weitere Kommentare*

Neben den Großkommentaren kennt die italienische Jurisprudenz auch einen Kurzkommentar *par excellence* und zwar den *Cian/Trabucchi,* dessen erste Ausgabe auf das Jahr 1981 zurückgeht.[64] Inspiriert wurde der erste Herausgeber *Giorgio Cian* dabei vom deutschen „Palandt“ des Verlages C.H. Beck, der sich als unerlässliches Arbeitsinstrument in der Praxis der deutschen Juristen etabliert hat.

Der gute Ruf des „Palandt“, wonach dieser Kommentar zu jedem einzelnen Paragraphen des BGB eine konzise Auswertung der Literatur und Rechtsprechung bietet und dennoch in eine Hand oder Tasche passt, ist ihm bis nach

---

[62] *E. Gabrielli* (Hg.), Commentario del codice civile, 2009 ff.

[63] *P. Cendon* (Hg.), Commentario al codice civile, 1991 ff.

[64] *G. Cian/A. Trabucchi* (Hg.), Commentario breve al codice civile, 1981 ff. Es gibt auch eine speziell auf das Rechtsanwaltsexamen ausgerichtete und deshalb auf Referenzen zur Rechtsprechung beschränkte Zwillingsausgabe mit dem Titel: Complemento giurisprudenziale. Edizione per prove concorsuali ed esami.

Italien vorausgeeilt. In diesem Zusammenhang erzählt *Paolo Zatti* in einem bemerkenswerten, seinem akademischen Lehrer gewidmeten Beitrag,[65] dass *Cian* von den im Palandt enthaltenen Abkürzungen fasziniert war und dass er immer ein Exemplar auf seinem Schreibtisch hatte. Für *Zatti* und andere junge Juristen der Zeit stellte der Palandt ein „Folterinstrument" dar, „welchem man sich nur im Bedarfsfall und in geringer Dosierung" auslieferte.[66]

Für *Cian* aber stellte der Palandt „das Lieblingsspielzeug, den Brunnen der Neugier und den Anfang jedweder Recherche" dar.[67] *Zatti* erzählt noch, dass *Cian* mit ihm über die Abkürzungskriterien, die Zitierweise, die Sorgfalt der Kommentierungen und sogar über das benutze Papier, das Gewicht und die Breite des Bandes sprach. Nach dieser Analyse des deutschen Palandt kam *Cian* zu dem Ergebnis, dass es etwas Vergleichbares in Italien nicht gab, obwohl es von großem Nutzen wäre.[68]

So entstand 1981 der Cian/Trabucchi: ein in Wissenschaft und Praxis von Juristen häufig benutzter Kommentar. Die kurzen Kommentierungen behandeln die grundlegenden Ansichten der Lehre sowie die wichtigsten Entscheidungen der Rechtsprechung. Die Darstellung ist präzise und gepflegt und ermöglicht es, schnell die relevantesten Informationen zu den im *Codice civile* enthaltenen Normen zu finden. Auch wird der Kurzkommentar Cian/Trabucchi, anders als andere italienische Kommentare, regelmäßig aktualisiert und bietet eine sichere Basis für eine ausgedehnte Recherche.

Diese Merkmale haben aus dem Cian/Trabucchi einen auch im Ausland sehr beliebten Kommentar gemacht.[69] Wie schon gesagt: Der mit den italienischen Gebräuchen wenig bewanderte Jurist läuft Gefahr, sich vor den langen Regalen, in denen die italienischen Großkommentare aufgereiht sind und wo einige Bände nicht verfügbar oder nicht aktualisiert sind, zu verirren. Dieses Risiko besteht mit dem Cian/Trabucchi nicht, und so wird das Werk – anders als es sonst mit italienischen Kommentaren geschieht – oft in ausländischen Literaturbeiträgen zu Themen des italienischen Rechts zitiert.[70]

Einen anderen Kurzkommentar, der eine vergleichbare Informationsdichte in einem einzigen Band lieferte, gibt es nicht. Der von *Pietro Rescigno* geführte Kommentar besteht aus zwei Bänden[71] und der für praktische Zwecke gedachte Kommentar von *Alpa* und *Mariconda* aus drei.[72] Unter die Kurz-

---

[65] *P. Zatti,* Cari e scherzosi ricordi in onore di Giorgio Cian, in: Studi in onore di Giorgio Cian, 2010, 5–18, 13.

[66] *Zatti,* Cari e scherzosi ricordi (Fn. 65), 13.

[67] *Zatti,* Cari e scherzosi ricordi (Fn. 65), 13.

[68] *Zatti,* Cari e scherzosi ricordi (Fn. 65), 13.

[69] *Galgano,* I commentari (Fn. 4), 328.

[70] Siehe z.B. die vielen Zitate des Cian/Trabucchi in *N. Jansen/R. Zimmemann* (Hg.), Commentaries on European Contract Laws, 2018.

[71] *P. Rescigno* (Hg.), Codice civile, 2006 ff.

[72] *G. Alpa/V. Mariconda* (Hg.), Codice civile. Commentario, 2006 ff.

kommentare kann man auch noch den Kommentar in vier Bänden von *D'Amelio* und *Finzi* fassen, der bald nach dem Inkrafttreten des *Codice civile* fertiggestellt wurde und der nunmehr von rein historischem Interesse ist.[73]

Es gibt zudem Kommentare von mittlerer Länge mit bedeutsamen Eigenheiten, wie den von *Giovanni Perlingieri* geführten Kommentar in neun Bänden.[74] Dieses Werk bezweckt nicht nur, einen Informationsbeitrag zur derzeitigen Auslegung der Normen des *Codice civile* zu leisten, sondern möchte auch die Bezüge dieser Normen zu den Grundsätzen des Verfassungsrechts und des Europarechts hervorheben.

Kurzkommentare oder Kommentare von mittlerer Länge haben den Vorteil, einfacher aktualisiert werden zu können und sind für in der Praxis tätige Juristen leichter abrufbar. Wie man jedoch nachfolgend sehen wird,[75] ist der wissenschaftliche Wert dieser Werke sehr gering. Auch ist die Figur des Herausgebers im Vergleich mit den einzelnen Autoren der Kommentierungen von herausgehobener Bedeutung.

IV. Weitere Textgattungen

Die beiden Literaturformen, die traditionell neben dem Kommentar eine bedeutende Funktion für den juristischen Diskurs haben, sind *trattati* (Großlehrbücher) und *enciclopedie* (Enzyklopädien). Während die Großlehrbücher eine Gattung bilden, die aus anderen Rechtsordnungen rezipiert wurde,[76] sind die Enzyklopädien das Ergebnis der italienischen Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts.

1. *Großlehrbücher*

Eine Eigenart des italienischen Schrifttums zu den Themengebieten des *Codice civile* ist die Existenz von Großlehrbüchern bzw. Handbüchern (*trattati*). Wie die Kommentare existieren Großlehrbücher in unterschiedlichen Formen mit unterschiedlichem Vertiefungsgrad.[77] Einige Großlehrbücher bestehen aus wenigen Bänden und enthalten eine synthetische Abhandlung,[78] die jedoch weit ausführlicher ist als in den für das Studium konzipierten Lehrbüchern.[79]

---

[73] *M. D'Amelio/E. Finzi* (Hg.), Codice civile, 1940–1949.

[74] *G. Perlingieri* (Hg.), Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 3. Aufl., 2010.

[75] Siehe unten V.1.

[76] Siehe oben II.1.

[77] Vgl. *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 332 f.

[78] Siehe z.B. *N. Lipari/P. Rescigno* (Hg.), Diritto civile, 9 Bde., 2009.

[79] Unter den bekanntesten Lehrbüchern für das Studium sind die folgenden erwähnenswert: *A. Torrente/P. Schlesinger,* Manuale di diritto privato, 23. Aufl., 2017; und

Andere bestehen aus einer enormen Anzahl von Bänden, und es ist manchmal schwierig, die einzelnen Schriften auf ein einheitliches Konzept zurückzuführen.[80] Darüber hinaus können die Großlehrbücher das gesamte Privatrecht oder nur bestimmte Teile des Privatrechts betreffen. So gibt es *trattati* zum Vertragsrecht,[81] zur außervertraglichen Haftung,[82] zum Eigentumsrecht,[83] zum Erbrecht[84] und zum Familienrecht.[85]

Es ist umstritten, inwieweit die beiden Textformen Kommentare und Großlehrbücher sich methodisch unterscheiden. In der Vergangenheit waren die *trattati* die adäquate Textgattung für dogmatische und systematische Überlegungen. Denn der Verfasser ist hier nicht an die Reihenfolge der Artikel des Gesetzbuches gebunden und hat mehr Freiraum, um seine Thesen zu erläutern und sich vom Gesetzestext zu distanzieren. Aber auch in den großen Kommentaren, besonders im „Schlesinger“, gibt es mittlerweile systematische und dogmatische Ausführungen, die zumindest der Tradition nach eher in einen *trattato* passen würden. Einige Autoren sind daher der Auffassung, dass sich Großlehrbücher und Kommentare eigentlich nur noch durch die Art der Darstellung unterscheiden.[86] Die Methode und die Qualität des Ergebnisses der Normauslegung könne in beiden Textgattungen gleich sein.

Noch heute sind in einigen Fällen *trattati* von einem einzigen Juristen verfasst. Das wichtigste Beispiel sind die sieben dem bürgerlichen Recht gewidmeten Bände von *Cesare Massimo Bianca,* welche als Gesamtwerk ein Monument der italienischen Rechtswissenschaft bilden.[87] Der unermüdliche Au-

---

A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, 49. Aufl., 2019. Für eine Übersicht der Lehrbücher für den Studiengebrauch und deren Entwicklung siehe *F. Macario,* L’evoluzione del „genere istituzionale“ nella manualistica per l’insegnamento del diritto privato, Giustizia civile 2019, 237–287.

[80] Siehe insbesondere, *F. Vassalli* (Hg.), Trattato di diritto civile italiano, 1938 ff.; *A. Cicu/F. Messineo* (Hg.) Trattato di diritto civile e commerciale, 1952 ff. (fortgesetzt von *L. Mengoni,* und jetzt *P. Schlesinger/V. Roppo/F. Anelli*); *P. Rescigno,* Trattato di diritto privato, 2. Aufl., 1995 ff.; *G. Iudica/P. Zatti* (Hg.), Trattato di diritto privato, 1990 ff.; *M. Bessone,* Trattato di diritto privato, 1998 ff.; *P. Perlingieri,* Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003 ff.

[81] *P. Rescigno/E. Gabrielli* (Hg.), Trattato dei contratti, 2. Aufl., 1999 ff.; *V. Roppo* (Hg.), Trattato del contratto, 2006 ff.; *V. Roppo/A.M. Benedetti* (Hg.), Trattato dei contratti, 2014 ff.

[82] *M. Franzoni* (Hg.) Trattato della responsabilità civile, 2004 ff.; *M. Barcellona,* Trattato della responsabilità civile, 2011.

[83] *A. Gambaro/U. Morello* (Hg.), Trattato dei diritti reali, 2008–2014.

[84] *G. Bonilini* (Hg.), Trattato del diritto delle successioni e donazioni, 2009.

[85] *P. Zatti* (Hg.), Trattato di diritto di famiglia, 2. Aufl., 2011–2012; *G. Bonilini* (Hg.), Trattato di diritto di famiglia, 2016 ff.

[86] *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 334; *Cian,* I commentari (Fn. 4), 349.

[87] *C.M. Bianca,* Diritto civile, 7 Bde., 1978 ff. Siehe insbesondere die neusten Auflagen: Bd. 1: La norma giuridica. I soggetti, 2. Aufl., 2002; Bd. 2.1: La famiglia, 2017; Bd. 2.2: Le successioni, 5. Aufl., 2015; Bd. 3: Il contratto, 3. Aufl., 2019; Bd. 4: Le obbli-

tor hat Tausende von Seiten persönlich bearbeitet und sich genau um die Aktualisierungen in den vielen neuen Auflagen gekümmert. Die Abhandlung ist klar und linear und dennoch nicht nur deskriptiv. Vielmehr erläutert der Autor zu jedem Thema auch seinen eigenen Standpunkt. Darüber hinaus enthalten die Bände viele Hinweise auf die französische und deutsche Rechtslehre.

Dieses Vorbild, das zum Verschwinden verurteilt ist, greift das der großen Juristen der Vergangenheit auf, die den größten Teil ihres Lebens in einer Art Klausur verbracht haben, um ihr wissenschaftliches Werk zu vollenden.[88] Dabei handelt es sich um Werke, die nicht mehr auf den aktuellen Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung gebracht wurden. Sie sind jedoch ein Erbe der italienischen Rechtswissenschaft. Tatsächlich wird in monographischen Werken häufig auf sie Bezug genommen, um eine systematische Rekonstruktion des Untersuchungsgegenstandes zu ermöglichen.

Zwischen den siebziger und neunziger Jahren stellten die (großen) Großlehrbücher auch Nachschlagewerke für Anwälte dar und waren auf dem Markt weit verbreitet.[89] Ebenso wie auch bei den Kommentaren gibt es auch bei den *trattati* Bände, die einen gewissen Ruhm erlangt haben und zu echten Bestsellern im italienischen juristischen Verlagswesen geworden sind.[90] Doch die in vielen Bänden ausgearbeiteten Großlehrbücher sind als Literaturform in eine Krise geraten. Einige Verlage haben die Veröffentlichung unterbrochen.[91] Dabei reicht die Krise der *trattati* wohl tiefer als die Krise der juristischen Kommentare, da ein *trattato* für die Praxis weniger handhabbar ist. Unter den großen *trattati* hat dabei der Cicu/Messineo immer noch einen gewissen Charme, da seine Bände eine besondere Eigenständigkeit auszeichnet und sie inhaltlich oft an eine Monographie heranreichen.[92]

---

gazioni, 1991; Bd. 5: La responsabilità, 2. Aufl., 2012; Bd. 6: La proprietà, 2. Aufl., 2017; Bd. 7: Le garanzie reali. La prescrizione, 2012.

[88] In anderen Bereichen als dem Privatrecht im engeren Sinne verweisen wir auf die grandiosen Werke der Vergangenheit von *A. Pertile,* Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione, 6 Bde., Padua 1873–1887; und *C. Vivante,* Trattato di diritto commerciale, 4 Bde., Turin, 1893–1901.

[89] Vgl. mit Bezug auf die *trattati* von Vassalli und Rescigno *P. Pettinati,* Dottrina e avvocatura viste con gli occhi di un editore, in: V. Scalisi (Hg.), Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia: Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea, 2004, 1353–1358, 1355.

[90] Das Hauptbeispiel ist der Band von *E. Betti,* Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl., in: F. Vassalli (Hg.), Trattato di diritto civile italiano, Bd. 15.2, 1952. Siehe dazu *Pettinati,* Dottrina e avvocatura (Fn. 89), 1354, der über den Erfolg des Bandes berichtet.

[91] Z.B. der bekannte von *Rodolfo Sacco* herausgegebene Trattato di diritto civile, 1993 ff. Die 4. Auflage des bekanntesten Bands *R. Sacco/G. De Nova,* Il contratto, wurde 2016 außerhalb des *trattato* veröffentlicht. Zur Krise der großen Lehrbücher in Deutschland, siehe *N. Jansen,* Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs: Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in diesem Band, 25–44, 42–44.

2. *Enzyklopädien*

Eine Besonderheit der rechtswissenschaftlichen Literatur in Italien ist das Format der juristischen Enzyklopädien. Einer der Hauptbefürworter dieser Literaturform war im 19. Jahrhundert *Francesco Filomusi Guelfi.* Seiner Ansicht nach sollte sich das Studium der Rechtswissenschaften auf die Philosophie stützen. *Filomusi Guelfi* wollte eine „eklektische Rechtswissenschaft" entwickeln, in der ein philosophischer Rechtsbegriff als allgemeine Grundbedingung für die Synthese bestimmter dogmatischer Konzepte dienen sollte.[93] Diese methodische Grundlegung der Enzyklopädien wurde im Einflussbereich einer Rechtskultur formuliert, die allgemein für den Eklektizismus offen war und sich von der trockenen Methode der wörtlichen Auslegung des Gesetzes lösen wollte.[94] *Filomusi Guelfi* hielt Vorlesungen zu „juristischen Enzyklopädien", die er in einer berühmten und prägnanten Sammlung veröffentlichte.[95] Seine Ausführungen lassen eine gewisse Abneigung gegenüber der Kommentarform erkennen, wenn er im Jahre 1875 – mit einigem Bedauern – feststellt, dass in Italien die herrschende Methode bei der Behandlung von Rechtsproblemen die der Kommentare sei und man bei der Untersuchung der Rechtsinstitute üblicherweise der Reihenfolge des Gesetzesbuches folge.[96]

So begann 1881, im „Krisenjahr" der exegetischen Methode,[97] der Aufbau der großartigen „Enciclopedia giuridica italiana".[98] Das Werk besteht aus mehr als tausend alphabetisch geordneten, fast monographisch ausgeführten Stichwörtern, die in fünfzig schweren Bänden veröffentlicht wurden. An seiner Arbeit beteiligten sich etwa vierhundert Autoren über ein halbes Jahrhundert lang. Die „Enciclopedia giuridica italiana" blieb unvollendet. Im gleichen Zeitraum wurde aber eine weitere enzyklopädische Sammlung in neunundvierzig Bänden, „Il digesto italiano", fertiggestellt.[99]

---

[92] Siehe z.B. unter den neusten Bänden, *M. Dellacasa,* La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore, in: Cicu/Messineo, Trattato di diritto civile e commerciale (Fn. 80), 2019.

[93] *Irti,* Filomusi Guelfi (Fn. 17), 381. Siehe auch *I. Birocchi/A. D'Angelis,* Francesco Filomusi Guelfi enciclopedista convinto (con considerazioni sull'inedita „Enciclopedia giuridica"), in: M. Ascheri/G. Colli (Hg.), Manoscritti, editoria e biblioteche dal medioevo all'età contemporanea, Bd. 1, 2006, 97–134.

[94] Siehe insbesondere *Lacchè,* Il canone eclettico (Fn. 16), 217–225.

[95] *F. Filomusi Guelfi,* Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni, 2. Aufl., Neapel, 1875, 1–267.

[96] *F. Filomusi Guelfi,* Enciclopedia giuridica (Fn. 95), 2: „il metodo predominante nella trattazione del diritto è quello dei commentarii, e nelle istituzioni di diritto seguesi comunemente l'ordine del codice".

[97] Siehe oben II.1. mit Fn. 17.

[98] *C. Vano,* „Edifizio della scienza nazionale". La nascita dell'Enciclopedia italiana, in: A. Mazzacane/P. Schiera (Hg.), Enciclopedia e sapere scientifico: Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana, 1990, 15–66, 15–17.

Die beiden Werke spiegeln die italienische Rechtskultur der Zeit wider, in der vor allem Anwälte und Richter versuchten, sich als intellektuelle Elite durchzusetzen.[100] Die Enzyklopädien behandeln alle Rechtsgebiete querbeet mit einem Blick auf die Geschichte und die Rechtsvergleichung. Zu vielen Themen gab es damals keine ausreichenden wissenschaftlichen Beiträge, und so präsentierten die Abhandlungen der einzelnen Stichwörter in vielen Fällen eine konzeptionelle Analyse, die mit der einer Monographie vergleichbar war.[101] Diese wegweisenden Forschungsleistungen zeigen, dass die italienische Rechtswissenschaft versuchte, sich von ausländischen Modellen zu emanzipieren und eine eigene Identität zu entwickeln.[102]

Während die Zielsetzung der ersten beiden großen Enzyklopädien darin bestand, eine nationale Rechtskultur durch eine einheitliche Darstellungsweise zu festigen, war die dritte enzyklopädische Initiative darauf ausgerichtet, die Wertvorstellungen der faschistischen Revolution zu bekräftigen. Ab 1937 erschien in wenigen Jahren der „Nuovo digesto italiano“ in dreizehn Bänden.[103] Bei den Autoren handelte es sich hauptsächlich um Wissenschaftler; freilich gab es mittlerweile auch deutlich mehr Universitäten im Land. Auf der Liste der über sechshundert Mitarbeiter, die am „Nuovo digesto“ mitgewirkt haben, finden sich auch berühmte Namen wie *Henri Capitant* und *Ernst Rabel.* Ungeachtet der verlegerischen Absichten und mit Ausnahme einiger Abhandlungen, die spezifisch den Institutionen des faschistischen Regimes gewidmet sind, ist das Gros der Enzyklopädie nicht von den politischen Vorstellungen der Zeit beeinflusst und enthält Beiträge von großem wissenschaftlichem Wert.[104] Allerdings trat nur kurze Zeit später der neue *Codice civile* von 1942 in Kraft, wodurch der „Nuovo digesto italiano“ teilweise bereits überholt und veraltet war.

Das Verlagshaus Utet, das den „Nuovo digesto“ verlegt hatte, förderte daher in den fünfziger Jahren die Ausarbeitung einer neuen Enzyklopädie mit dem Titel „Novissimo digesto italiano“, in der die neuen Vorschriften des *Codice civile* und vor allem die 1948 in Kraft getretene republikanische Verfassung berücksichtigt wurden.[105] Eine zeitgleiche Initiative wurde vom Verlag Giuffrè gefördert und nahm den Namen „Enciclopedia del diritto“ an.

---

[99] Il digesto italiano, Turin, 1884–1921.

[100] Vgl. *I. Birocchi,* Enciclopedie giuridiche tra storia e valutazione scientifica, in: Conte, Evoluzione e valutazione della ricerca (Fn. 3), 209–240, 216–221.

[101] Siehe *Birocchi,* Enciclopedie giuridiche (Fn. 100), 219 f., welcher hervorhebt, dass es in beiden Enzyklopädien eine bemerkenswerte Ungleichheit im wissenschaftlichem Niveau der Stichwörter gibt.

[102] Vgl. *Birocchi,* Enciclopedie giuridiche (Fn. 100), 218 f.

[103] Nuovo digesto italiano, 1937–1940.

[104] *Birocchi,* Enciclopedie giuridiche (Fn. 100), 224–226.

[105] Der „Novissimo digesto italiano“ wurde in den Jahren 1957–1975 veröffentlicht.

Dieses Werk wurde in etwa vierzig Jahren fertiggestellt,[106] beginnend in den späten fünfziger Jahren. Zusammen mit Ergänzungsbänden und Jahrbüchern besteht es mittlerweile aus mehr als sechzig Bänden. Die erklärte Absicht der Herausgeber war es, das Rechtssystem als „lebenden Organismus“ zu präsentieren und nicht als ein „totes Mosaik“ von Stichwörtern, das allenfalls dazu dienen konnte, die Gelehrtheit der Autoren zu beweisen.[107] Dieser Ansatz hat dazu geführt, dass die Autoren sich primär mit den nationalen italienischen Rechtsinstituten auseinandersetzten. Allerdings enthält die Enzyklopädie auch großartige Abhandlungen zu Themen der Rechtsvergleichung, wie zum Beispiel einen Beitrag zur „Common Law-Equity“ von *Max Rheinstein.*[108] Die Stichwörter zu historischen Themen sollten die Entwicklung der Institutionen und Regeln des geltenden Rechts veranschaulichen. Viele Stichwörter weisen eine dreiteilige Gliederung auf mit Ausführungen zum römischen Recht, zum Recht des Mittelalters und zum modernen Privatrecht.

Bilanziert man die Bedeutung der Enzyklopädien für den juristischen Diskurs in Italien, kann man sagen, dass Enzyklopädien eine wichtige Rolle beim Aufbau des Rechtswissens gespielt haben. Dabei haben sie in gewisser Weise auch den Platz anderer Literaturformen eingenommen, die für praktische Zwecke besser geeignet und einfacher zu aktualisieren gewesen wären, insbesondere die Gattung der Großkommentare.[109] Es scheint jedoch, dass in den letzten Jahren auch die Literaturform der Enzyklopädien unter dem Druck einer immer stärkeren Ausdifferenzierung des Fachwissens in eine Krise geraten ist.[110] Auch der Gewinn, den eine Enzyklopädie in ihrer Gesamtheit für eine Rechtsordnung bieten kann, wird durch den ständigen Fluss von Informationen und Neuigkeiten schnell überholt: Der Leser konzentriert sich auf das einzelne Stichwort, ohne den Charakter der Sammlung als Ganzes zu schätzen und er findet häufig nicht die Antworten, die er sucht, sondern nur eine erste und teilweise veraltete Abhandlung. Darüber hinaus ist angesichts

[106] Siehe dazu *V. Contri,* Scienza giuridica ed editoria, in: Scalisi, Scienza e insegnamento (Fn. 89), 1515–1523, 1515, der behauptet, dass Antonino Giuffrès ursprüngliches Programm darin bestand, das gesamte Werk innerhalb von vier Jahren zu veröffentlichen. Dazu auch die Besprechung zu den ersten acht Bänden von *P. R.[escigno],* Riv. dir. civ. 1961, I, 515–518, die kritisch (und doch im Nachhinein zu optimistisch) feststellt, dass die „Enciclopedia del diritto“ erst nach zehn Jahren fertiggestellt und die ersten Bände dann bereits veraltet sein würden.

[107] Siehe die Präsentation der Direktoren in: Enciclopedia del diritto, Bd. 1, 1958, V–VII.

[108] *M. Rheinstein,* Common Law-Equity, in: Enciclopedia del diritto, Bd. 7, 1960, 915–973.

[109] Siehe oben II.1 und II.2.

[110] Weitere Enzyklopädien wurden in den achtziger und neunziger Jahren begonnen, wie z.B. die „Enciclopedia giuridica Treccani“ und der „Digesto delle discipline privatistiche“ (auch „Digesto IV“ genannt). Letztere Enzyklopädie ist in mehrere Unterabschnitte unterteilt: Bürgerliches Recht, Handelsrecht usw.). Der Abschnitt zum Bürgerlichen Recht ist fertiggestellt, und es wurden bereits mehr als zehn Ergänzungsbände veröffentlicht.

des wissenschaftlichen Wertes der großen Enzyklopädien des 19. und 20. Jahrhunderts eine innovative Verlagsinitiative im Bereich der Enzyklopädien derzeit schwer vorstellbar.[111]

V. Der Wert der Kommentare

Der Wert der Kommentare kann grundsätzlich im Hinblick auf die drei wichtigsten „Formanten" der Rechtsordnung beurteilt werden: Rechtswissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung:[112] Wie wird der Kommentar als Literaturform in der wissenschaftlichen Lehre bewertet? Wie wichtig sind Kommentare in der Praxis? Können Kommentare im Falle einer Gesetzesreform nützlich sein? Der folgende Abschnitt wird sich auf diese drei Perspektiven konzentrieren.

1. Kommentare und Wissenschaft

Trotz der umfassenden Beteiligung von Professoren als Autoren ist der akademische Wert der Kommentare in Italien schon immer als gering angesehen worden.[113] Im Rahmen der Auswahlverfahren für den Zugang zur akademischen Karriere als Professor an italienischen Universitäten wurden Kommentarpublikationen schon immer mit Argwohn aufgenommen.[114] Dahinter steht die Vorstellung, dass der Autor beim Kommentieren keinen Beitrag von besonderer Originalität leistet. Die Literaturform, in der sich der Jurist beweisen soll, ist die Monographie, also ein Werk, das sich im Grunde nur mit einem bestimmten Thema im Detail befasst.[115] Durch eine theoretische Rekonstruktion

[111] Die Verlage ergänzen fast jedes Jahr die vollständigen Enzyklopädien mit neuen Bänden. In einigen Fällen haben die neuen Bände das Ziel, die Beiträge vollständig zu aktualisieren (so bei der „Enciclopedia del diritto" und dem „Digesto delle discipline privatistiche"); in anderen Fällen sollen sie nur die Neuigkeiten des letzten Jahres berücksichtigen (so bei der „Enciclopedia giuridica Treccani").

[112] Siehe *R. Sacco,* Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, American Journal of Comparative Law 39 (1991), 1–34, 21–26.

[113] *Cian,* I commentari (Fn. 4), 348: „il commentario – quanto meno il commentario dell'età contemporanea – è un *genus* letterario inferiore, caratterizzato da minore scientificità rispetto ad altri generi" [Der Kommentar – zumindest der Kommentar der Gegenwart – ist eine niedrigstehende literarische Gattung, der sich durch eine geringere Wissenschaftlichkeit auszeichnet als andere Gattungen].

[114] *Galgano,* I commentari (Fn. 4), 328 f.

[115] Siehe *A. Zaccaria,* Produzione giuridica ed esigenze editoriali, in: Scalisi, Scienza e insegnamento (Fn. 89), 1469–1489, 1473 f.; *G. Peruginelli,* La monografia giuridica: identità, evoluzione, valutazione, in: S. Faro/G. Peruginelli (Hg.), La dottrina giuridica e la sua diffusione, 2017, 119–144, 139 f. Zu den methodologischen Ansätzen vgl. auch *G. Pascuzzi,* Giuristi si diventa, 2008, 130–132.

des behandelten Rechtsinstituts muss der Autor der Monographie originelle Thesen aufstellen oder zumindest ein Produkt liefern, das der Wissenschaftsgemeinschaft als Referenzpunkt für das untersuchte Rechtsgebiet dienen kann.

Dennoch galt es in der Vergangenheit als große Ehre, den Auftrag zur Vorbereitung eines Kommentarbandes zu erhalten. Angesichts der hohen Anforderungen der Herausgeber kann beispielsweise die Zuweisung eines Bandes im Kommentar Scialoja/Branca geradezu den Höhepunkt einer akademischen Karriere bilden. Bislang wurden die Bände nur besonders angesehenen Professoren anvertraut, die bereits monographische Werke veröffentlicht hatten. Darüber hinaus sind viele bedeutende Juristen der Vergangenheit vor allem wegen ihrer Kommentare zum *Codice civile* in Erinnerung geblieben.

Jedoch ist im Rahmen der zeitgenössischen wissenschaftlichen Gemeinschaft die Monographie die einzige Literaturform, die wirklich für den wissenschaftlichen Ruhm eines Juristen zählt. Sie ist außerdem die Literaturform, welche die größere Bedeutung für die Weiterführung der akademischen Karriere der Juristen hat.[116] Dieser Umstand wirkt sich auch auf den Stil der Kommentare aus: Der Autor möchte bisweilen um jeden Preis seine Fähigkeiten beweisen und einen originellen Beitrag leisten. Einige Kommentare wurden daher in extremen Fällen als „monografario“ bezeichnet;[117] es handelt sich um Bücher, die für die Praxis kaum brauchbar sind.[118] *Alberto Trabucchi,* einer der bekanntesten Kommentarherausgeber hat diese Art von „Kommentierung“ der Vorschriften des *Codice civile* deutlich kritisiert und den italienischen Autoren eingeschärft, dass eine Kommentierung keinesfalls zu originell geraten dürfe.[119] Der Kommentator solle sich darauf beschränken, die verschiedenen in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Thesen auszuführen, und seine eigenen Meinungen sollten lediglich einen Anreiz für den Leser darstellen, nach unterschiedlichen Lösungen zu suchen.[120] Die großen Kommentare werden daher auch von der Wissenschaft zitiert, die Kurzkommentare hingegen nicht, weil sie als reine Informationsquelle betrachtet werden.

2. *Kommentare und Rechtspraxis*

Kommentare sind ideale Instrumente, um den Dialog zwischen Lehre und Rechtsprechung zu fördern. Die Struktur von Kommentaren macht es dem Leser einfacher, sich die relevanten Informationen zu beschaffen und ermög-

---

[116] *Peruginelli,* La monografia giuridica (Fn. 115), 139 f.; *Pascuzzi,* Giuristi si diventa (Fn. 115), 130–132; *R. Di Raimo,* La valutazione delle monografie nelle scienze sociali, secondo il sistema attuale, in: Conte, Evoluzione e valutazione (Fn. 3), 241–252.

[117] *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 334. Siehe auch *Cian,* I commentari (Fn. 4, 349.

[118] Siehe oben III.1.

[119] *Trabucchi,* I commentari (Fn. 4), 355: „non deve assolutamente trattarsi di un lavoro troppo originale“.

[120] *Trabucchi,* I commentari (Fn. 4), 355.

licht es dem Verfasser des Kommentars, die Lösungen von Rechtsprechung und Schrifttum für Auslegungsprobleme in einem einheitlichen Rahmen zu untersuchen. Zudem sind Richter häufig an der Abfassung von Kommentaren beteiligt. Wenn sie sich dabei mit den Werken der Lehre auseinandersetzen, können sie sich zur Falllösung von ihnen inspirieren lassen.

In der Theorie ist der Kommentar auch eine äußerst nützliche Hilfe für Rechtsanwälte bei der Abfassung von Schriftsätzen. Tatsächlich war der Kommentar in der Vergangenheit ein unverzichtbares Werkzeug in der Rechtsanwaltspraxis. In den letzten zwanzig Jahren haben die zeitlichen Anforderungen an den Anwaltsberuf und das niedrige Niveau vieler Anwälte jedoch erhebliche Veränderungen mit sich gebracht. Kurzkommentare sind immer noch eine gute Unterstützung für die Durchführung von Rechtsrecherchen zu praktischen Zwecken. Die erste Quelle, aus der Rechtsanwälte die relevanten Informationen entnehmen, sind nun jedoch das Internet und die Datenbanken, die von den juristischen Verlagen erstellt werden. Die großen Kommentare sind hingegen zu einer Literaturform geworden, die eine gewisse Neigung zum Studium wissenschaftlicher Literatur erfordert. Ein Anwalt mit einem durchschnittlichen Niveau ist es mittlerweile gewohnt, seine Arbeit zu erledigen, indem er die Lösung des untersuchten Problems mit einer online abgefragten Kombination von Stichwörtern sucht, die – mit ein wenig Glück – die relevantesten Entscheidungen der Rechtsprechung aufzeigen kann.[121]

Der Kommentar könnte auch für Richter bei der Entscheidung von Streitigkeiten eine wichtige Rolle spielen. In den letzten Jahren führen die Richter ihre Recherchen jedoch offenbar hauptsächlich über Datenbanken durch, die von den Justizbehörden selbst organisiert werden[122] und direkten Zugang zu den Präzedenzfällen ermöglichen. Damit scheint heutzutage der Dialog zwischen Lehre und Rechtsprechung, der in der Vergangenheit bestand, nicht mehr besonders ausgeprägt zu sein.[123] Die oft mit Arbeit überlasteten Richter verzichten gerne auf die komplexen Inhalte der Großkommentare und suchen direkt nach den Präzedenzfällen, die für die Lösung des Falls herangezogen werden können. Diese Arbeitsweise bringt das Risiko von Widersprüchen in

---

[121] Vgl. *F. Turchi,* Strumenti software per banche dati giuridiche, Informatica e diritto 2010, 33–47; *G. Ziccardi,* Le nuove modalità di ricerca nelle banche di dati giuridiche: alcune considerazioni (e un'ipotesi di ricerca), Ciberspazio e diritto 2014, 27–36.

[122] Ein Beispiel dafür ist der *Centro Elettronico di Documentazione* (C.E.D.) des italienischen Kassationsgerichtshofs, der für die Datenbank <www.italgiure.giustizia.it> zuständig ist; vgl. *F. Fiandanese,* Il Centro Elettronico di Documentazione della Corte Suprema di Cassazione, in: G. Peruginelli/M. Ragona (Hg.), L'informatica giuridica in Italia – Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze, 2014, 151–168.

[123] Vgl. *A. Braun,* Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 665–681. Aus jüngerer Zeit siehe *F.D. Busnelli,* Verso una giurisprudenza che si fa dottrina: Considerazioni in margine al *revirement* della cassazione sul danno da c.d. „nascita malformata", Riv. dir. civ. 2013, 1519–1529.

der Rechtsprechung mit sich, weil die Recherchen mithilfe von Datenbanken nicht immer gründlich durchgeführt werden.

Ein charakteristisches Merkmal des Stils der italienischen Urteile ist das Verbot, Autoren von juristischen Beiträgen zu zitieren.[124] In der deutschen Rechtsordnung sind Zitate aus der juristischen Literatur zulässig und üblich; Urteile beziehen sich häufig auf Kommentare. Der italienische Richter darf Kommentare dagegen nicht zitieren. Dieses Element wirkt sich negativ auf die Verwendung von Kommentaren aus, da Richter auch deshalb dazu neigen, Fälle durch bloße Bezugnahme auf die vorige Rechtsprechung zu lösen. Andererseits ist sich die Lehre der Tatsache bewusst, dass der Kommentar nicht unbedingt das beste Instrument bildet, um mit der Rechtsprechung in Kontakt zu treten. Die am besten ausgebildeten Richter lassen sich vor allem von den in den Zeitschriften veröffentlichten Artikeln oder Entscheidungsanmerkungen inspirieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um innovative Themen geht, die noch nicht ausführlich in der Rechtsprechung behandelt wurden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Rolle, die der Kommentar in der Rechtspraxis traditionell spielte, derzeit weitgehend vom Internet und von Datenbanken übernommen wurde. Anders als die Großlehrbücher hat der Kommentar in der Praxis jedoch weiterhin seine, wenn auch geringere, Bedeutung. Auch ist der Kommentar eine literarische Gattung, die sich gut für einen Online-Zugriff eignet. Von den Verlagen wird in Zukunft erwartet, dass sie durch Online-Versionen eine stärkere Nutzung der Kommentare in der Praxis fördern. Gegenwärtig werden die Papierversionen von *E-books* (PDF), eventuell noch von CD-ROM-Versionen begleitet. Wie auch in anderen Ländern sollten Kommentare aber besser in Online-Datenbanken integriert werden.

3. Kommentare und Rechtsreformen

In der italienischen Literatur ist auch darauf hingewiesen worden, dass die Kommentare eine Hilfe für eine Reform des *Codice civile* sein könnten. Schließlich zeige die Kommentierung einer Vorschrift die Probleme auf, welche die Rechtsprechung behandelt hat, und erlaube es zu verstehen, ob der Inhalt der Norm noch aktuell ist.[125] Manche Artikel sind mit einer beeindruckenden Anzahl von Rechtsprechungszitaten versehen. In einigen Fällen ist es also möglich, zu erkennen, dass die Rechtsregel selbst Anlass zu Streitig-

---

[124] Siehe Art. 118 der *Disposizioni per l'attuazione del codice di procedura italiano* [Bestimmungen zur Umsetzung des italienischen Zivilprozessbuches]. Vgl. dazu aus rechtshistorischer Perspektive *Braun,* Professors and Judges in Italy (Fn. 123), 671–675; *M. De Bernardi,* La „legge delle citazioni“ del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano, Rivista di diritto romano 13 (2013), 1–11, online: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>.

[125] Vgl. *Cendon,* I commentari (Fn. 4), 342.

keiten bietet.[126] In anderen Fällen gibt es Nachweise nur aus der Rechtslehre, was den Schluss zulässt, dass die Normen in der italienischen Rechtsordnung keine praktische Relevanz haben.[127] So enthält der *Codice civile* Normen, welche völlig obsolet sind. Ein Beispiel dafür ist der Artikel 924 über Bienenschwärme.[128] Die Kommentierung zu dieser Norm im Scialoja/Branca beschränkt sich auf einige wenige Verweise auf die römischen Quellen.[129]

Das Thema einer Reform des *Codice civile* hat in der letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen,[130] und Mitte 2019 hat die Regierung einen Reformvorschlag für einige Teile des *Codice civile* unterbreitet.[131] In der dem Entwurf vorausgegangen Studienphase, welche von der *Associazione dei civilisti italiani* gefördert wurde, bildeten Kommentare eine erhebliche Hilfe, um problematische Fragen zu den Normen des *Codice civile* zu beantworten.[132]

VI. Ausblick

Die rechtsvergleichende Betrachtung erlaubt die Schlussfolgerung, dass die Bedeutung der juristischen Kommentare in der italienischen Rechtskultur im Vergleich mit der französischen und deutschen juristischen Kultur eine mittlere Position einnimmt. Als der *Codice civile* von 1865 in Kraft trat, waren die italienischen Juristen daran gewöhnt, ohne den Kommentar auszukommen; mit der Kodifizierung von 1942 und der zunehmenden Annäherung an die deutsche Rechtskultur wurde der Kommentar in seinen verschiedenen Formen auch in Italien zu einer erfolgreichen Literaturform.

Obwohl mittlerweile diverse elektronische Ressourcen als Alternative zur Verfügung stehen, zählen Kommentare weiterhin zu den Erfolgsformaten auf

---

[126] Siehe *F. Bartolini,* La selezione della „giurisprudenza“ nella valutazione di attualità della legge, in: Sirena, Dal „fitness check“ alla riforma del codice civile (Fn. 50), 97–117.

[127] Viele Beispiele für Vorschriften, die für die Praxis völlig irrelevant sind, befinden sich im dritten, dem Sachenrecht gewidmeten Buch des *Codice civile.*

[128] Art. 924 *Codice civile:* „Der Eigentümer von Bienenschwärmen hat das Recht, sie auf ein fremdes Grundstück zu verfolgen, schuldet aber Ersatz für den an dem Grundstück entstandenen Schaden. Hat er sie nicht innerhalb von zwei Tagen verfolgt oder hat er ihre Verfolgung zwei Tage lang ausgesetzt, kann der Grundeigentümer sie einfangen und behalten“. Übersetzung nach *S. Patti* (Hg.), Italienisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., 2019.

[129] *De Martino/Resta/Jaricci/Pugliese,* Beni. Proprietà (Fn. 58), 388.

[130] *G. Alpa,* Verso la riforma del codice civile, Rivista critica di diritto privato 2018, 1–6, 3; *P. Sirena,* Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo „Code Napoléon“, Osservatorio del diritto civile e commerciale 2018, 19–46.

[131] *Disegno di Legge Delega al Governo 1151/2019 per la revisione del codice civile.*

[132] Siehe die Beiträge des Jahrestreffens 2019 der *Associazione dei civilisti italiani:* Atti del Convegno „Il diritto patrimoniale – Una rivisitazione: le revisioni“, online: <https://www.civilistiitaliani.eu/iniziative/notizie/692-atti-del-convegno-il-diritto-patrimoniale-una-rivisitazione-le-revisioni>.

dem italienischen Markt für Rechtsliteratur. Doch ist der Kommentar in eine starke Krise geraten, nicht zuletzt weil sich die Informationsbeschaffung in der Praxis zunehmend auf Rechtsprechungsdatenbanken verlagert hat. Immerhin haben neue Herausgeber in den letzten Jahren den beiden bekanntesten (Groß-)Kommentaren (Scialoja/Branca und Schlesinger) neues Leben eingehaucht, und es sind auch neue, von Verlagsseite seriös geplante Kommentare entstanden (Gabrielli). Anhand der erhöhten Komplexität der Rechtsordnung und der unüberschaubaren Menge von juristischen Veröffentlichungen könnten die Kommentare in Zukunft zur Selektion und zur Ordnung des juristischen Wissens eine noch wichtigere Rolle spielen. Demgegenüber erscheint die Krise der Großlehrbücher und der Enzyklopädien tiefer und die jüngsten Initiativen der Verlage eher darauf ausgerichtet, die Literaturform überhaupt am Leben zu halten. Sie haben aber nicht mehr die Ambition, einen innovativen Beitrag zur italienischen Rechtsliteratur zu fördern.

Der Blaue Engel und die Grüne Reihe

Die Rolle des Kommentars in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur

Jelle Jansen

I. Einleitung

Der niederländische Dichter (und Jurist) *Jacques Bloem* (1887–1966) schrieb in einem Gedicht über die holländische Natur: „Alles is veel voor wie niet veel verwacht“ [Alles ist viel für denjenigen, der nicht viel erwartet].[1] Diese Zeile gilt wahrscheinlich auch für diesen Beitrag, in dem die Rolle der Kommentare in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur im Mittelpunkt steht. Denn diese Rolle ist beschränkt. In den Niederlanden gibt es nicht mehr als drei Kommentare zum *Burgerlijk Wetboek* [BW, Bürgerliches Gesetzbuch], das seit 1992 in Kraft ist, und es fehlt gänzlich an Literatur, die sich speziell mit Kommentaren als einer juristischen Literaturform befasst. Zu den Kommentaren zähle ich jene Werke, die eine laufende Erläuterung zu den Artikeln des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs liefern.[2] Das

---

[1] Im Gedicht „De Dapperstraat“, vgl. zu Bloem *B. Slijper,* Van alle dingen los. Het leven van J.C. Bloem, 2007.

[2] In Anschluss an *D. Kästle,* Juristische Kommentare – theologische Kommentare. Von der Farbe des Chamäleons, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und

bedeutet zum einen, dass in einem Kommentar die Darstellung einzelner Sachfragen nicht durch die Einordnung in verschiedene Rechtsgebiete wie Vertragsrecht, Immobilienrecht und Erbrecht strukturiert ist, sondern der gesetzlichen Ordnung der einzelnen Vorschriften folgt. Zum anderen bedeutet dies, dass der Text des Gesetzes eine maßgebliche Rolle bei der Darstellung des Rechts spielt: Ein Kommentar bezieht sich immer auf einen Text, in diesem Fall auf den Text des BW.

Die enge Beziehung zwischen dem Gesetzestext und einem Kommentar kommt häufig dadurch zum Ausdruck, dass der Gesetzestext in den Kommentar aufgenommen ist oder dass im Randbereich auf den kommentierten Gesetzesartikel verwiesen wird. In den so genannten Hand- und Lehrbüchern besteht kein derart enger Zusammenhang zwischen dem Inhalt und dem Gesetzestext: Derartige Werke sind keine Kommentare, obwohl natürlich Abschnitte darin enthalten sind, in denen ein bestimmter Gesetzestext kommentiert und manchmal auch wiedergegeben wird. Gleichwohl sollen in diesem Aufsatz auch Hand- und Lehrbücher besprochen werden. Dafür gibt es zwei Gründe: Zunächst geht es hier nicht nur um die besondere Rolle privatrechtlicher Kommentare, sondern darüber hinaus um eine Beschreibung der Landschaft der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur. Zudem lässt sich die besondere Rolle, die Kommentare in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur spielen, nur vor dem Hintergrund der Publikationskultur als Ganzer verstehen, zu der sie gehören.[3]

Bevor von den in den Niederlanden bekannten privatrechtlichen Kommentaren die Rede ist (unten III.), gebe ich einen historischen Überblick zur jüngeren Privatrechtsgeschichte der Niederlande, als das Land eine Kodifizierung des Privatrechts erlebte, und werde in diesem Rahmen die Form der Literatur zu den Kodifikationen darstellen (unten II.). In der Zeit vor der Kodifizierung galt in den Niederlanden wie auch auf dem gesamten europäischen Kontinent eine Mischung aus geschriebenem und ungeschriebenem lokalem Recht, wobei man als Quelle das subsidiäre römische Recht, das so genannte *ius commune,* heranzog, welches unter anderem aus den Institutionen des römischen Kaisers Justinian aus dem 6. Jahrhundert und aus der Sammlung juristischer Fragmente (den Digesten oder Pandekten) bestand, die Justinian ebenfalls im 6. Jahrhundert gesetzlich einführte. Die auch außerhalb der Niederlande einflussreichen Kommentare, die in den Niederlanden zu diesen beiden Hauptquellen des römischen Rechts verfasst wurden, wie etwa

---

Religion, 2014, 393–450, 396: „Ein Kommentar lässt sich dann definieren als Text, der an einen anderen Text anknüpft (Primärtext, Basistext, Referenztext) und unter formaler Anlehnung diesen fortlaufend erläutert."

[3] Vgl. hierzu die Einleitung von *N. Jansen*, Kommentare in Recht und Religion, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 1–14, 3, der von „diskursiven und institutionellen Bezügen der Kommentierung" spricht.

der Institutionenkommentar von *Arnold Vinnius* (1588–1657)[4] und der berühmte Kommentar zu den Digesten von *Johannes Voet* (1647–1713),[5] werden freilich hier nicht berücksichtigt.

II. Historische Skizze: 1800–1945: Zwischen Exegese und System

Die Niederlande erlebten ihre erste Kodifizierung des Privatrechts unter ihrem ersten König, Louis Napoleon (dem Bruder des Kaisers), der 1809 das sogenannte *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland* [Der für das Königreich Holland angepasste *Code Napoleon*] einführte. Dabei handelte es sich um eine leicht an die holländischen Gegebenheiten angepasste Version des *Code civil,* der fünf Jahre zuvor, im Jahr 1804, in Frankreich in Kraft getreten war. Das Gesetzbuch galt nur für zwei Jahre: 1811 verleibte Napoleon die Niederlande dem französischen Kaiserreich ein, so dass von da an der *Code civil* galt.[6] Nach einer für die Niederlande turbulenten Periode, in der das *Verenigde Koninkrijk* [Vereinigtes Königreich], das durch den Vertrag von Wien auf das Gebiet der Beneluxstaaten ausgeweitet worden war, das spätere Belgien wieder verlor, trat im Jahr 1838 eine neue Privatrechtskodifikation auf Grundlage des *Code civil* in Kraft. Dieses Gesetzbuch sollte von 1838 bis 1992 gelten und ist in der modernen niederländischen Literatur als *Oud Burgerlijk Wetboek* [OBW, Altes bürgerliches Gesetzbuch] bekannt.[7]

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzbuchs kam es zu einer Flut von kurzen, flüchtigen Kommentaren, in denen das neue Gesetzbuch zumeist mit dem französischen *Code civil* und manchmal auch mit dem *Corpus iuris civilis* verglichen wurde (II.1.). Langsam, aber sicher erschienen aber auch Werke, die sich mehr mit dem OBW befassten und sich zudem nicht auf eine kurze Erläuterung des Gesetzestextes beschränkten, sondern sich mit Fragen der

---

[4] *A. Vinnius,* In quator libros Institutionum imperalium Commentarius, Leiden, 1777.

[5] *J. Voet,* Commentarius ad pandectas, in quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et praecipuae fori quaestiones excutiuntur, Leiden/Den Haag, 1698–1704. Siehe zu Voet *P.C. Kop,* Johannes Voet, in: ders./T.J. Veen (Hg.), Zestig juristen, 1987, 130–134.

[6] Zu dem Gesetzbuch *F. Brandsma,* Een Basterd Code Napoleon? Het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland, in: J.J. Hallebeek/A.J.B. Sirks (Hg.), Nederland in Franse schaduw: recht en bestuur in het Koninkrijk Holland (1806–1810), 2006, 221–247. Siehe auch den dem Gesetzbuch gewidmeten Band *J.H.A. Lokin/J.M. Milo/C.H. van Rhee* (Hg.), Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland, 2010.

[7] Für einen Überblick zur niederländischen Kodifikationsgeschichte siehe *J.H.A. Lokin/W.J. Zwalve/C.J.H. Jansen,* Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis, 5. Aufl., 2020, 333 ff.

Auslegung beschäftigten, die das Gesetz erhalten müsse oder die es bereits in der Rechtsprechung erhalten hatte (II.2.). Abschließend sind diejenigen Werke zum OBW zu besprechen, die auf Studierende und generell auf den Einsatz in der juristischen Ausbildung ausgerichtet waren (II.3.). Natürlich verzichte ich auf eine erschöpfende Aufzählung der vielen Veröffentlichungen. Ich möchte mich hier auf einige der wichtigsten Werke konzentrieren und dabei stets das Verhältnis zwischen dem Inhalt dieser Werke und dem Gesetzestext im Auge behalten.

Der prägende Einfluss des französischen *Code civil* auf das Gesetzbuch von 1838 ist bekannt. Gleichermaßen erheblich war aber auch der Einfluss der französischen Wissenschaft auf die dominanten Formen niederländischer Privatrechtsliteratur. Zwar verfolgte man die Entwicklungen in der deutschen Privatrechtswissenschaft ständig, doch ging es hier in erster Linie um römisches Recht. Erst mit dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 und mit der Veröffentlichung des zugrundeliegenden Entwurfs im Jahr 1896 richteten die niederländischen *Privatrechts*wissenschaftler ihre Aufmerksamkeit in höherem Maße auf Deutschland.[8]

1. Übersichtswerke und Kommentare

Die privatrechtlichen Werke aus der frühesten Geltungszeit des OBW sind naturgemäß stark vom *Code civil* geprägt. *Carel Asser* (1780–1836),[9] ein Spross der berühmten jüdischen Juristenfamilie, die unter anderem den Nobelpreisträger Tobias M.C. Asser hervorbrachte,[10] verfasste ein Werk, in dem er die wichtigsten Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der niederländischen Gesetzgebung und dem französischen *Code* erläuterte. *Asser* war unter anderem Mitglied der Kommission, die nach dem Abzug der Franzosen die niederländische Gesetzgebung ausarbeitete, und war daher mit den Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen der französischen und der niederländischen Gesetzgebung vertraut. Der Gesetzgebungsprozess dauerte jedoch aufgrund politischer Entwicklungen (Abspaltung Belgiens) so lange, dass er starb, bevor das OBW 1838 in Kraft trat. Im selben Jahr schien *Assers* „Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon" als Nachlasswerk, an dem auch sein Sohn *L. Asser* und sein Neffe *C.D. Asser* mitarbeiteten. Der Herausgeber erklärte im Vorwort, dass es die Absicht des Autors gewesen sei, neben dem Text immer die entsprechenden Gesetzesartikel abzudrucken. Man

---

[8] Vgl. zur zunehmenden Kritik am OBW und am französischen *Code civil* ab Ende des 19. Jahrhunderts das vielfach zitierte Standardwerk von *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19^{e} eeuw, 2015, 72 ff.

[9] Über ihn etwa *A.J. van der Aa,* Biographisch woordenboek der Nederlanden, Bd. 1, Haarlem, 1852, 421–427.

[10] Zu Familie Asser und Tobias M.C. Asser insbesondere *P.C. Kop,* Tobias Michaël Carel Asser, in: ders./Veen, Zestig juristen (Fn. 5), 225–230.

habe davon jedoch später abgesehen, um Urheberrechtsprobleme zu vermeiden, Druckkosten zu sparen, und weil der Leser ohnehin genötigt sei, neben dem Werk von Asser auch den *Code civil* und das OBW bereitzuhalten.[11]

Ein Jahr später, im Jahr 1839, erschien ein kleines Werk unter dem Namen des Amsterdamer Anwalts *Samuel Philippus Lipman* (1802–1871), das, ausweislich des Vorworts, jedoch *J.W. Tydeman* (1815–1879) verfasst hatte. In diesem Buch waren die Bestimmungen des brandneuen holländischen Gesetzbuchs jeweils mit (sehr) kurzen Kommentaren und mit einem Vergleich zum französischen Äquivalent und auch mit den diesbezüglichen Texten des römischen Rechts abgedruckt. Die Vorschriften des neuen Gesetzes wurde also, wie in *Assers* Werk, mit den älteren Textstufen seines Vorgängers, dem *Code civil,* verknüpft, aber auch mit der Hauptquelle des Privatrechts vor der Kodifizierung, dem *Corpus iuris civilis.*[12] Wiederum ein Jahr später, im Jahr 1840, erschien ein handliches Heft mit etwa 100 Seiten, in dem *G. Pliester* (1799–1889), der als Notar in Zevenaar arbeitete, die Artikel des neuen OWB kurz kommentierte und sie mit den Auslegungsentscheidungen der französischen Richter und Rechtslehre in Beziehung setzte. Den Gesetzestext selbst druckte er nicht ab, um unnötig viel Druckwerk zu vermeiden und weil diejenigen, die sein Heft konsultieren würden, auch die niederländischen und französischen Gesetzestexte zur Verfügung haben würden.[13]

Offensichtlich bestand ein großer Bedarf an solchen praxisorientierten Publikationen, denn es wurden noch viele weitere veröffentlicht: Der Utrechter Jurist *C.L. Schüller tot Peursum* (1813–1860)[14] verfasste ein ähnliches Werk, dessen erster Band im Jahr 1841 erschien. Im Gegensatz zu *Pliester* druckte er den Gesetzestext ab und gab zu jedem Artikel kurze erklärende Kommentare.[15] *J. Vernède* (1799–1865), Richter am Obersten Militärgerichtshof, veröffentlichte ab 1844 einen mehrbändigen Kommentar (unter anderem) zum OBW. In dem Buch war der Gesetzestext abgedruckt und darunter, in kleinerer Schrift, ein kurzer Kommentar, in dem er den Gesetzestext mit seinem französischen Äquivalent und auch mit römischen Gesetzesstellen in Beziehung setzte. Vor dem Gesetzestext gab *Vernède* stets einen

---

[11] *C. Asser/L. Asser/C.D. Asser,* Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon, Amsterdam, 1838, Vorwort der Herausgeber, XV f.

[12] *S.P. Lipman,* Burgerlijk Wetboek, voorafgegaan door de wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koningrijk, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt, Amsterdam, 1839, „onder toezigt van“ *Lipman;* auf S. VI wird die Autorenschaft von *Tydeman* klargestellt.

[13] *G. Pliester,* Aanteekeningen op de Nederlandsche burgerlijke wetgeving, Arnheim, 1840; siehe S. III zur Entscheidung, den Gesetzestext nicht abzudrucken.

[14] Vgl. zu ihm *A.J. van der Aa,* Biographisch woordenboek der Nederlanden, Bd. 17/1, Haarlem, 1874, 524–526.

[15] *C.L. Schüller tot Peursum,* De Nederlandsche Wetboeken, Bd. 1: Burgerlijk Wetboek, met aanteekeningen, Utrecht, 1841.

Überblick über die Literatur, die zu diesem Thema veröffentlicht worden war.[16] Der Amsterdamer Rechtsanwalt *G.J. de Martini* († 1869) schrieb eine ähnliche Arbeit (unter anderem) zum OBW. Dabei beschränkte er sich auf kurze Anmerkungen zum jeweiligen Gesetzesartikel: Für eine mehr auf den Zusammenhang und die Systematik ausgerichtete Arbeit oder für Übersichten wichtiger Rechtsprechung der höheren Gerichte war es wenige Jahre nach der Einführung des OBW noch zu früh.[17]

1843 wurde das Bedürfnis nach einem solchen Werk jedoch, zumindest ansatzweise, durch den damals im Justizwesen tätigen *W.J.C. Van Hasselt* (1795–1864) erfüllt. Seine ursprüngliche Idee hatte in einer Veröffentlichung der Gesetzestexte bestanden.[18] Da andere Tätigkeiten dies jedoch verhindert hatten, startete *Van Hasselt* 1843 ein mehrteiliges Werk, in der er den Geset-

---

[16] *J. Vernède,* Handleiding tot de Nederlandsche Wetgeving, Utrecht, 1844.

[17] *G.J. de Martini,* De Nederlandsche Wetgeving, toegelicht door mr G.J. de Martini, Amsterdam, 1840, 8, zu seinem Ansatz. Darüber hinaus verweise ich auf eine unvollständige Übersicht des Anwalts *J.H. Sassen* (1786–1830) aus Den Bosch: Proeve van een beredeneerd overzigt van het Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden, Den Bosch, 1827. Dieser Band behandelt die ersten vier Titel des ersten Buchs des Gesetzbuchs, das Personen- und Familienrecht. Sein Tod im Jahr 1830 verhinderte die Fortsetzung seiner Untersuchung. Ähnliches gilt für *W.H. Van der Voort,* Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek uit deszelfs beginselen verklaard en met de bepalingen der Fransche wet vergeleken, Utrecht, 1838. Im Vorwort weist er darauf hin, dass er sich an die Reihenfolge der Gesetzesabschnitte hält, unter anderem nach dem Beispiel von Asser, Lipman und Tydeman, da dies der einfachste Weg zur Darstellung dessen sei, was in der Literatur veröffentlicht wurde und wo sich die wichtigsten Unterschiede zum französischen *Code* befänden. Van der Voort druckt den Gesetzestext nur insoweit ab, als er diesen kommentiert. Sein Werk umfasste, wie das von Sassen, nur einen Teil des ersten Teiles des Gesetzbuchs, da der Autor kurz nach dessen Fertigstellung verstarb.

[18] Vgl. zu den vielen Gesetzesausgaben und Einführungswerken, die nach 1838 erschienen, *G.W.F. Brüggeman/E.C. Coppens,* Bibliografische inleiding in de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw, 1985, 253 ff. Weiter *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 106 f. Eine der erfolgreichsten dieser Ausgaben war die 1813 von G. Luttenberg (1793–1847) gegründete chronologische Sammlung der Gesetze. Er gab darin stets bei Inkrafttreten eines Gesetzes den Gesetzestext, die relevanten Stellen aus der Gesetzesgeschichte und Rechtsprechung des Hohen Rates an. 1841 erschien der entsprechende Teil zum OBW. Die Reihe wurde von zwei Sekretären der Stadt Zwolle, L.N. Schuurman (1801–1888) und P.H. Jordens (1835–1911) weitergeführt in billigen Taschenausgaben. Die Reihe, bekannt als „Schuurman & Jordens“, war kein Kommentar, der Schwerpunkt lag beim enzyklopädischen Nutzen. Die Reihe wurde bis 2007 gedruckt und ist seitdem nur noch online verfügbar unter dem Namen „Lexplicatie“. Siehe dazu z.B. *C.J.H. Jansen,* W.E.J. Tjeenk Willink: 150 jaar juridische uitgever van boeken en tijdschriften, 1988, 4–14. Als Kuriosität erwähne ich noch ein von dem Amsterdamer Anwalt *B.A. van Houten* (1772–1852) erstelltes Wörterbuch über das neue OBW. Er listete in alphabetischen Lemmata (Angebot, Besitz usw.) auf, welche Gesetzesartikel diesbezüglich Regeln enthalten: De Nederlandsche Burgerlijke Wetgeving, Bd. 1 (A–I), Amsterdam, 1837; Bd. 2 (J–Z), Amsterdam, 1838.

zestext mit kurzen Kommentaren abdruckte, in denen er auch die einschlägige Rechtsprechung und die Literatur dazu aufarbeitete. Diese Arbeit zielte auf eine juristische Leserschaft: *Van Hasselt* bot Juristen die Möglichkeit, die Arbeit selbst auf dem neuesten Stand zu halten, indem er einer gedruckten Seite jeweils eine ungedruckte Seite folgen ließ, die für die Anmerkungen des Benutzers bestimmt war.[19]

Ich schließe diesen Abschnitt mit der Nennung des Werks eines weiteren praktizierenden Juristen, des Den Haager Anwalts *A.A. de Pinto* (1811–1878), das zur gleichen Zeit erschien, freilich nicht uneingeschränkt in diesen Kontext gehört, weil *Pinto* sein Buch nicht nur als ein Übersichtswerk, sondern zugleich auch als ein Lehrbuch verstanden wissen wollte. Die „Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek", deren erste Auflage bereits 1837 erschien, war gemäß der Einleitung als kurze und kompakte Einführung „für junge und erstmalige Praktizierende, für Studenten des Rechts" gedacht.[20] Dabei folgte *De Pinto* der Reihenfolge des Gesetzestextes, den er nicht abdruckte, stellte immer dar, was über ein bestimmtes Thema geschrieben worden war, und erklärte in nummerierten Anmerkungen, welche Bedeutung der jeweilige Gesetzesartikel hatte.

2. *Handbücher*

Schon bald nahm jedoch die kritische Distanz zum französischen Recht zu. Aus der Praxisperspektive bestand kein Bedarf für Werke, bei denen die Interpretation des *Code civil* im Mittelpunkt stand, sondern für Werke, die das OBW für die niederländische Praxis anwendbar machten. Exemplarisch ist das erste von zwei mehrteiligen Standardwerken, die der Groninger Professor für Bürgerliches Recht *Gerhardus Diephuis* (1817–1892) verfasste.[21] Sein „Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek" erschien ab 1844 in acht Bänden.[22] Er sah einen Platz für ein solches Werk, denn je weiter er in seinem Denken und Schreiben voranschritt, desto mehr erkannte er, dass „eine blinde Akzeptanz der Resultate, zu denen die französischen Rechtsgelehrten bei der Behandlung einer Reihe von

---

[19] *W.J.C. van Hasselt,* Burgerlijk Wetboek voorafgegaan door de wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koningrijk, met aanteekeningen, Den Haag, 1843, über seine Methode im „Voorberigt".

[20] Zitate nach der Einführung zur 2. Auflage: *A.A. de Pinto,* Handleiding tot het burgerlijk wetboek, 2. Aufl., Aantekeningen, Den Haag, 1840, 8. Vgl. zu seinen vielen Werken *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 87–90.

[21] Vgl. zu Diephuis *J.H.A. Lokin,* Gerhardus Diephuis, in: G.S. Overdiep/T.W. Veen/W.J. Zwalve (Hg.), Acht Groningse juristen en hun genootschap, 1986, 105–133, siehe auch *E.H. Hondius,* Gerhardus Diephuis, in: Kop/Veen, Zestig juristen (Fn. 5), 215–217. Jüngst *J.H.A. Lokin,* De Groninger faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2019, 296 ff.

[22] *G. Diephuis,* Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek, 1. Aufl., 1844–1855; 2. Aufl., 1856–1859.

Rechtsfragen gekommen waren, nach unserer Gesetzgebung völlig falsch wäre, selbst wenn sich diese mit der bekannten Arbeit des Herrn Asser erklären ließe".[23] Nichtsdestotrotz zeigt das Werk von *Diephuis* eine starke Prägung durch die französische Literatur. Bereits der Titel macht dies deutlich, denn hier spielt *Diephuis* auf *C.B.M. Toulliers* Hauptwerk „Le droit civil suivant l'ordre du Code" an.[24] Auch zitiert *Diephuis* dieses Werk von *Toullier* (und anderen französischsprachigen Autoren) häufig, und es geht ihm, wie er im Vorwort erläutert, um eine exegetische und dogmatische Anpassung des OBW. Auch in der Sache entspricht das Werk von *Diephuis* der französischen exegetischen Schule,[25] denn *Diephuis* verknüpfte den Text des Gesetzes und den Inhalt seines Werks eng miteinander: Er begann den ersten Teil seiner Arbeit einfach mit der Besprechung der Einleitung des ersten Titels des Gesetzbuchs und folgte dieser Methode bis zum Ende des achten Teils. Formal räumte er dem Gesetzestext in seinem Buch allerdings weder einen besonderen Platz ein, noch gab er am Rand an, welcher Artikel des Gesetzes im Haupttext jeweils besprochen war.

Diephuis' Werk stieß auf Kritik, weil man meinte, er habe ein zu exegetisches und zu wenig systematisches Werk verfasst.[26] Letzteres werde in der

---

[23] *Diephuis,* Burgerlijk regt (Fn. 22), Bd. 1, V f. (Voorrede). Darüber hinaus konzentrierte sich die Rechtsliteratur bis dahin hauptsächlich auf den *Code civil,* der zwischen 1811 und 1838 in den Niederlanden galt. So hatte beispielsweise Diephuis' Lehrmeister *H. Nienhuis* (1790–1862) für seine Studenten, er selbst spricht von Zuhörern, ein kleines Werk herausgegeben, in dem der *Code civil* im Mittelpunkt stand: Handleiding bij academische voorlezingen over het hedendaagsch burgelijk regt, Groningen, 1826–1827, 2. Teil 1831. Erst 1849 veröffentlichte er den ersten von zwei Bänden über das OBW: Akademische voorlezingen over het Nederlandsch Burgerlijk regt, Den Haag, 1849.

[24] *Lokin,* Gerhardus Diephuis (Fn. 21), 106. Siehe auch *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 116–117. Die Methode von Diephuis unterschied sich jedoch in einem wesentlichen Aspekt von der Toulliers. Denn Diephuis betonte immer wieder, dass das römische Recht abgeschafft sei; er sah daher keinen Sinn darin, das römische Recht bei der Auslegung des OBW heranzuziehen. Das hatte Toullier, der zur sogenannten *école romaniste* gehörte, noch ganz anders gesehen; vgl. neben der oben genannten Literatur mit umfangreichen Quellenangaben *H. Kooiker,* Lex scripta abrogata, De derde renaissance van het Romeinse recht, 1996, 203 ff.

[25] Obwohl Diephuis den Titel seines Werkes von Toullier übernahm, entsprach seine Methode eher der von J.C.F. Demolombe (1804–1887), dem „prince de l'exégèse", für den der Gesetzestext immer im Vordergrund stand. Vgl. zur exegetischen bzw. klassischen Schule *Kooiker,* Lex scripta abrogata (Fn. 24), 254 ff.; *J.-S. Borghetti,* Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?, in diesem Band, 45–60, 47–50.

[26] Zum Beispiel in einer Rezension des ersten Teils seines Werks von *N. Olivier* in: Themis 1844, 355–360, 356. *A.A. de Pinto* schloss sich der Kritik in seiner Rezension der zweiten Auflage an: Themis 1857, 471–479. In der französischen Rechtswissenschaft tobte zu diesem Zeitpunkt eine ähnliche Debatte über die geeignetste Art und Weise, den *Code civil* zu behandeln – in Form eines (exegetischen) Kommentars oder in Form einer (syste-

Praxis dringend gebraucht. Ab 1885 veröffentlichte er deshalb ein systematischeres Lehrwerk mit dem Titel „Het Nederlandsch Burgerlijk regt". In diesem Werk folgte *Diephuis* nicht mehr sklavisch der Reihenfolge der Gesetzesartikel. Er begann also nicht mehr einfach mit der Erklärung der Einleitung des ersten Titels, sondern mit einer allgemeinen Betrachtung. Hier ist der Einfluss der Historischen Schule und der Pandektenwissenschaft leicht zu erkennen. So zitiert *Diephuis* häufig den Vorreiter dieser Historischen Schule, *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) und auch den österreichischen Pandektenwissenschaftler *Joseph Unger* (1828–1913), insbesondere dessen System des österreichischen Privatrechts.[27] *Diephuis'* zweites Erläuterungswerk wurde in der Literatur bald als das „System von Diephuis" bekannt. Auch in diesem Werk räumte *Diephuis* dem Gesetzestext freilich keinen besonderen Platz ein.

Eine in etwa mit dem zweiten Handbuch von *Diephuis* vergleichbare Einstellung findet sich bei dem anderen „Titanen" des niederländischen Privatrechts des 19. Jahrhunderts: dem Utrechter Professor *C. W. Opzoomer* (1821–1892).[28] Ganz genau wie *Diephuis* in seinem ersten Buch, folgte *Opzoomer* in seinem mehrbändigen Standardwerk „Het Burgerlijk Wetboek verklaard", das ab dem Jahr 1865 erschien, der Reihenfolge des Gesetzbuchs. Dabei kombinierte er eine systematische mit einer exegetischen Methode, wie es *Diephuis* in seinem „System" getan hatte. Die einfachen Gesetzesartikel, die nur wenige Fragen aufwarfen, behandelt *Opzoomer* systematisch, die schwierigen exegetisch. Im Gegensatz zu *Diephuis* druckte *Opzoomer* allerdings den Text der schwierigeren Artikel in seinem Buch ab. Ebenso ging er auch in seinem „Het Burgerlijk Wetboek: Aantekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven" vor:[29] In diesem Werk konzentrierte er sich auf eine Erläuterung der schwierigeren Artikel, die stets vor der jeweiligen Besprechung abgedruckt wurden. In den systematischen Teilen über die nach Ansicht *Opzoomers* einfacheren Teile des Gesetzbuchs wurde demgegenüber lediglich die Nummer des Gesetzesartikels als Überschrift zum Haupttext abgedruckt. Ein vergleichbarer Ansatz findet sich schließlich auch beim letzten großen niederländischen Privatrechtler des neunzehnten Jahrhunderts, dem Gronin-

---

matischen) Abhandlung? Vgl. *A. Bürge,* Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, 1991, 239 ff.

[27] Vgl. *Lokin,* Gerhardus Diephuis (Fn. 21), 119.

[28] Näher *P. C. Kop,* Cornelis Willem Opzoomer, in: ders./Veen, Zestig juristen (Fn. 5), 218–224. Für einen Vergleich zwischen dem Ansatz von Opzoomer und dem von Diephuis siehe *J. H. A. Lokin,* De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer, Groninger Opmerkingen en Mededelingen 1992, 25–43; vgl. auch *H. W. Heyman,* Diephuis en Opzoomer, Ars Aequi 25 (1976), 364–373.

[29] Zwischen 1849 und 1852 in drei Bänden erschienen.

ger Professor für Privatrecht *N.K.F. Land* (1840–1903).[30] Mit seiner fünfteiligen „Verklaring van het Burgerlijk Wetboek" ging es ihm in der Sache um eine Darstellung der wesentlichen Grundsätze des niederländischen Privatrechts. Allerdings folgte er dabei der Reihenfolge des Gesetzes und druckte die Nummer des besprochenen Gesetzesartikels am Rand fett ab. Damit wollte er nach eigener Aussage verhindern, dass die Leser nicht mehr das Gesetz, sondern nur noch die Literatur studieren.[31]

Ein hervorragendes Beispiel für den Einfluss der deutschen pandektistischen Praxis des Privatrechts auf die niederländische Jurisprudenz bietet das mehrbändige Werk „Inleiding tot het burgerlijke recht" (erschienen ab 1918) des Utrechter Professors für Privatrecht *Johannes Philippus Suijling* (1869–1962).[32] Im Gegensatz zu den bisher genannten Autoren folgte *Suijling* mit seiner Darstellung nicht der Reihenfolge der Gesetzesartikel; und im Gegensatz zu den bisher genannten Autoren orientierte sich sein Vorhaben auch gedanklich nicht so sehr an Frankreich, sondern vielmehr an Deutschland. Der erste Teil seines Werks entwickelte einen Allgemeinen Teil, genau wie es die Pandektenwissenschaftler für richtig hielten.[33] *Suijling* führte zahlreiche aus der deutschen Literatur abgeleitete Konzepte und Ideen in die niederländische Praxis des Privatrechts ein. Zum Beispiel übernahm er das Konzept des Willensmangels und schrieb über Themen wie das Rechtsgeschäft oder das abstrakte System der Eigentumsübertragung.[34] Schon in seinem Vorwort wehrte er sich gegen den Vorwurf, sein Werk lege eine nicht hinreichend reflektierte Begrifflichkeit zugrunde, indem er erklärte, dass das Buch trotz seines sehr theoretischen Ansatzes versuche, auf die praktische Rechtsanwendung vorzubereiten.[35] Insgesamt lässt *Suijling* sich also als ein praktischer Pandektenwissenschaftler charakterisieren.[36]

[30] *J.H.A. Lokin,* De denkwereld van Nicolaas Karel Frederik Land, in: Festschrift E.W.A. Henssen (1950–1999), 2000, 178–198.

[31] *N.K.F. Land,* Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, deel 1, 2. Aufl. (leicht aktualisiert) hg. v. C.W. Star Busmann, 1914, VII (Vorwort zur ersten Auflage).

[32] Vgl. über die von ihm vertretene Methode der Privatrechtspraxis *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 238–243. Über seine philosophische Inspiration *ders.,* J.Ph. Suijling (1869–1962), in: ders./J.M. Smits/L.C. Winkel (Hg.), 16 juristen en hun filosofische inspiratie, 2004, 29 ff. Siehe auch *E.H. Hondius,* Johannes Philippus Suijling, in: Kop/Veen, Zestig juristen (Fn. 5), 257–260.

[33] Vgl. hierzu *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 109.

[34] Vgl. über Suijling als Pandektenwissenschaftler *C.J.H. Jansen,* J.Ph. Suijling (1869–1962), in: C.J.H. Jansen/Smits/Winkel, 16 juristen (Fn. 32), 38–40.

[35] *J.P. Suijling,* Voorrede bij de eerste druk, in: *ders.,* Inleiding tot het burgerlijk recht, Bd. 1: Algemene beginselen, 3. Aufl., 1948.

[36] So nannte der Kritiker *P. Scholten* Suijlings Werk „de Nederlandsche Pandecten": Een nieuw leerboek (II), Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie 1919 (Heft 2585), 257–259, 259; siehe weiter *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 242.

3. Lehrbücher

Auf Betreiben des Zwoller Verlags Tjeenk Willink arbeitete (ein anderer) *Carel Asser* (1843–1898), der damals als Richter tätig war, ab etwa 1870 an einer „Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht".[37] Tjeenk Willink meinte, dass Bedarf für ein solches Handbuch bei Jurastudenten, Junior-Notaren und Nachwuchsjuristen bestehe. Die Werke von *Diephuis, Opzoomer* und *Land* hatten seiner Ansicht nach einen zu akademischen Charakter, denn hierbei handelte es sich um Handbücher für meist erfahrene Juristen, die als Lehrbücher ungeeignet waren. Das oben genannte Werk von *De Pinto,* das zwar auch als Lehrbuch konzipiert war, erwies sich aber schon wegen seines erheblichen Umfangs (es bot Kommentare zu sämtlichen Gesetzesartikeln) in der Lehre als problematisch. Demgegenüber diente die „Handleiding" [Leitfaden] einem rein didaktischen Zweck. Sie sollte praktischer und kompakter sein als die etablierten Handbücher. Im Gegensatz zu diesen Werken sollte sie nicht mehr der Reihenfolge der Gesetzesartikel folgen, sondern in verschiedenen, nach Rechtsgebieten gegliederten Teilen erscheinen: Personenrecht, Sachenrecht, Vertragsrecht, Erbrecht. Dabei gingen *Asser* und der Verleger davon aus, dass der letzte Band um das Jahr 1880 erscheinen würde. Es ist wenig dabei herausgekommen. Der erste Band, Personenrecht, erschien 1885, der zweite Band zum Sachenrecht 1890. Die „Handleiding" war also kein Kommentar zum Gesetzestext und druckte den Gesetzestext daher nicht mit ab. Vielmehr ging es allein um die Darstellung der Grundsätze des Privatrechts.

Unter den Lehrbüchern zum OBW 1838 möchte ich daneben noch das mehrbändige Werk des Amsterdamer Professors für Notarrecht *A. Pitlo* (1901–1987) erwähnen.[38] Diese Reihe erschien ab 1946 und umfasste das gesamte Privatrecht. Sie wurde einfach bekannt als das „Nederlands Burgerlijk Wetboek" [das Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch]. Obwohl *Pitlo* sein Werk nach Teilbereichen, Personenrecht, Vertragsrecht, Sachenrecht, Erbrecht gliederte, blieb er in den einzelnen Teilen ziemlich nah am Gesetzestext. Er folgte so weit wie möglich der Reihenfolge der Gesetzesartikel und druckte den von ihm besprochenen Gesetzestext stets fett am Rand ab. Dementsprechend nannte er selbst seine Reihe einen artikelweise verfassten Kommentar zum OBW.[39]

---

[37] Vgl. hierzu ausführlich *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 93–94.

[38] In einem ausführlichen Interview spricht *Pitlo* (unterhaltsam) über sein Leben; es ist abgedruckt in J.M. van Dunné/P. Boeles/A.J. Heerma van Voss (Hg.), Acht civilisten in burger, 1977, 197–234.

[39] Vgl. z.B. das Vorwort zur 8. Auflage des Teils, den *Pitlo* in Zusammenarbeit mit *G.J. Wolffensperger* und *B. Frenkel* schrieb: Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek deel 3a: De benoemde Overeenkomsten, 1978, VI. Einen ähnlichen Ansatz verfolgte der südaf-

III. Die privatrechtliche Publikationskultur von 1945 bis heute

Im Jahr 1948 wurde der Leidener Professor für Privatrecht Eduard Maurits Meijers (1880–1954) mit der Erstellung eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs beauftragt.[40] Als er jedoch einige Jahre später starb und ein unvollendetes Gesetzbuch im Entwurfsstadium hinterließ, vermochte niemand die Rolle von Meijers zu übernehmen, weil seine rechtshistorischen und vergleichenden Privatrechtskenntnisse als beispiellos galten. Infolgedessen gelangte das Gesetzgebungsverfahren notgedrungen in die Hände verschiedener Ausschüsse und wurde zu einer zunehmend schwierigen und langwierigen Angelegenheit. Von Zeit zu Zeit erschienen Teilentwürfe des geplanten neuen Gesetzbuchs, die zu intensiven Diskussionen in der Literatur führten sowie zu Änderungsvorschlägen und Änderungen, die später ihrerseits wieder kritisiert wurden.

In dieser Zeit fällt zunächst auf, dass die meisten wichtigen Standardwerke des Privatrechts nach 1945 nicht mehr bearbeitet wurden. So wurden beispielsweise die Werke von *Diephuis, Opzoomer, Land* und *Suijling* nach dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr überarbeitet.[41] Dies lässt sich nicht zuletzt damit erklären, dass ein Großteil der Energie der Rechtswissenschaft von den sich ständig weiterentwickelnden Teilentwürfen des neuen Gesetzbuchs aufgezehrt wurde; im Übrigen befand sich die rechtswissenschaftliche Welt in einem Zustand der Starrheit.

Die Ausnahme, die die Regel bestätigt, ist die „Handleiding“ von *Asser.* Zu diesem Werk waren bereits um das Jahr 1900 Neuauflagen erschienen. Offenbar war es hier einfacher, Aktualisierungen vorzunehmen, weil das Werk als Handbuch angelegt war, das den Stoff nicht in der Reihenfolge des Gesetzes, sondern nach Rechtsgebiet ordnete. Dies machte es möglich unterschiedlichen Autoren einzelne Teile verschiedener Rechtsgebiete zur Überarbeitung anzuvertrauen. Darüber hinaus bildeten die von *Asser* verfassten

---

rikanische Professor für Privatrecht *L. C. Hofmann.* Er schrieb ein dreiteiliges „kurzes Handbuch für Studierende“. Die erste Auflage des Allgemeinen Teils des Allgemeinen Vertragsrechts erschien im Jahr 1930, das Sachenrecht 1933 und der zweite Teil des Vertragsrechts 1936. Er behandelte den Stoff so weit wie möglich artikelweise und druckte die Nummer des behandelten Artikels fett am Rand und als Übertitel. Für eine ähnliche Methode (nach Rechtsgebiet gegliedert, aber recht getreu der Reihenfolge der Gesetzesartikel und teilweise auf die Verwendung in der Ausbildung ausgerichtet) siehe *H.F.A. Völlmar* (1895–1966), Handleiding [Leitfaden] voor studie en praktijk, 1940/1942; *J.D. Veegens* (1845–1910), Schets [Skizze] van het Nederlandsch Burgerlijk recht, 1906.

[40] Aus der Literaturlawine über den Kodifizierungsauftrag an Meijers und die lange Entstehungsgeschichte des heutigen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs siehe jüngst *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 96 ff. m.w.N.

[41] Vor dieser Zeit waren lediglich oberflächliche Überarbeitungen erschienen, so für das Werk von Opzoomer aus der Feder von *Levy,* und für Teile des Werks von Land durch *de Savornin Lohmann, Eggens, Losecaat Vermeer* und *Star Busmann.*

Teile, wie bereits oben erläutert, keine exegetischen Darstellungen, in denen der Autor seine Meinung zu einzelnen Auslegungsfragen äußerte, sondern boten eine einleitende Übersicht. Sie waren daher einfacher zu bearbeiten als die meinungsbildenden Werke etwa von *Suijling* oder *Diephuis.*[42] Und schließlich hatte *Asser* seine „Handleiding“ gar nicht fertiggestellt, so dass es nahe lag, die unvollendeten Teile mit neuen Autoren fortzuführen und gleichzeitig die fertiggestellten Teile zu aktualisieren. Mit den Überarbeitungen der verschiedenen Teile von *Asser* änderte sich auch der Charakter der Werke: Waren sie ursprünglich als Einführungswerke für Studenten und angehende Notare konzipiert gewesen, wurden sie nun zu Standardwerken. Zum Erfolg trug dabei die Tatsache bei, dass die Überarbeitung der verschiedenen Teile in den Händen renommierter Professoren lag: So war der vorgenannte *Meijers* für die Rubrik Erbrecht zuständig und der Amsterdamer Professor für Römisches Recht und Privatrecht *Paul Scholten* (1875–1946)[43] für das Sachenrecht.

Die Bearbeitung und Erweiterung der Asser-Reihe ist bis in die Gegenwart fortgeführt worden. Im Abstand weniger Jahre erscheinen neue, aktualisierte Überarbeitungen der traditionellen Bereiche des Privatrechts (Personen- und Familienrecht, Vertragsrecht, Sachenrecht, Erbrecht). Daneben kam kürzlich eine dreiteilige Arbeit zum internationalen Privatrecht hinzu; ein Abschnitt zum Insolvenzrecht ist in Vorbereitung. Ebenso erschienen und erscheinen Bearbeitungen der verschiedenen Teile von *Pitlos* Kommentar zum OBW, die, wie die Asser-Reihe, nach Rechtsgebiet gegliedert und von verschiedenen Autoren bearbeitet werden. Diese als Pitlo-*serie* bekannte Reihe erscheint im Vergleich zur Asser-*serie* in stärkerem Maße ausbildungsorientiert. So bietet sie im Vergleich zur Asser-Reihe weniger Raum für Diskussionen der Literatur und für rechtsvergleichende oder rechtshistorische Hinweise. Mit anderen Worten: Die Teile der Pitlo-Reihe sind Lehrbücher und nicht, wie die Asser-Bände, Handbücher.[44] Der Zusammenhang zwischen dem Gesetzestext und dem Inhalt der Bücher ist in der Pitlo-Reihe viel weniger eng, als dies ursprünglich beim Namensgeber der Fall war. *Pitlo* selbst hatte sein Werk einen Kommentar genannt, doch kann das von den modernen Bearbeitungen nicht mehr gesagt werden. Denn diese Werke drucken den Gesetzestext nicht mit ab; und es ist auch nicht am Rand angegeben, welcher Artikel gerade dargestellt wird.

---

[42] *J.H.A Lokin,* Diephuis, Opzoomer, Land, Ars Aequi 2019, 420–423, 422.

[43] Zu ihm *P.W. Brouwer,* P. Scholten (1875–1946) in: C.J.H. Jansen/Smits/Winkel, 16 juristen (Fn. 32), 45–59.

[44] Ab den 90er Jahren kam die „Studiereeks Burgerlijk Recht“ [Studienreihe Bürgerliches Recht] hinzu, die einen ähnlichen Aufbau aufweist: Verschiedene Autoren (ursprünglich nur aus Leiden) bearbeiten alle paar Jahre für die Ausbildung bestimmte Übersichtswerke zu den traditionellen Teilgebieten des Vermögensrechts: Vertragsrecht, Sachenrecht, Deliktsrecht usw.

1. Die grüne Reihe

In den sechziger Jahren ergriff eine Reihe von Mitarbeitern der juristischen Fakultät Leiden in Zusammenarbeit mit dem bisher hauptsächlich im Steuerrecht aktiven Verlag (Wolters) Kluwer die Initiative zur Herausgabe einer Loseblattsammlung zum Deliktsrecht. Ein derart umfangreiches Werk für die Praxis hatte es bis zu diesem Zeitpunkt nicht gegeben.[45] Wie es in der ersten Auflage hieß, bestand der Zweck dieser Veröffentlichung darin, einen „ziemlich vollständigen Überblick“[46] zu erstellen, der jeweils durch neue Einlagen mit Übersichten zur Rechtsprechung und Literatur aktualisiert werden würde. Dabei sollten die Autoren auf Kritik verzichten und auch keine eigenen Meinungen einbringen. Im Vordergrund standen vielmehr die herrschende Lehre und der aktuelle Stand der Rechtsprechung. Zehn Jahre später folgten dann auch das Vertragsrecht und das Schadenersatzrecht. Sie bildeten drei grüne Bände, die bald als „Groene Serie“ [Grüne Reihe] bekannt wurden. Auch die „Groene Serie“ war allerdings kein Kommentar, sondern ein enzyklopädisches, nach Themen geordnetes Übersichtswerk. Die verschiedenen Teile begannen nicht mit den entsprechenden Gesetzestexten, sondern mit der Beschreibung allgemeiner Themen, die für das jeweilige Rechtsgebiet wichtig waren.

Als im Jahr 1992 schließlich das heutige niederländische Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat, entschied sich Wolters Kluwer dafür, die „Groene Serie“ als Kommentar zum neuen Gesetz fortzuführen. Die verschiedenen Teile wurden als Kommentare zu den einzelnen Gesetzesartikeln überarbeitet, wobei der Gesetzestext über den Kommentaren zum jeweiligen Gesetzesartikel abgedruckt wurde. Im Übrigen blieb die Methode mehr oder weniger unverändert; das Werk zielt auf einen „ziemlich vollständigen Überblick“ zum aktuellen Sach- und Diskussionsstand. Nach Autorenanweisung von Wolters Kluwer liegt der Schwerpunkt jetzt noch mehr als in der „alten“ Reihe auf der Rechtspraxis: Die moderne „Groene Serie“ will „vollständig sein, soweit rechtspraxisrelevant“.[47] Das bedeutet, dass im Prinzip kein Platz mehr vorgesehen ist, um unterinstanzliche Rechtsprechung zu besprechen oder abweichende Minderheitenmeinungen zu äußern. Der Schwerpunkt liegt auf der geltenden Lehre und der Rechtsprechung des *Hoge Raad* (der „Hohe

---

[45] Ich entnehme diese Entstehungsgeschichte der *Groene Serie* einem Heft, in dem ein Mitarbeiter der ersten Stunde, der spätere Leidener Professor für Privatrecht, *A.R. Bloembergen* (1927–2016), seine Erinnerungen aufschrieb: Veertig jaar losbladigen. Herinneringen en gedachten, 2000.

[46] Laut *H. Drion* im „Voorbericht“, Seite V, zur Erstauflage: Onrechtmatige daad, Loseblattausgabe Oktober 1968 (Groene Serie *).

[47] Auteursinstructie Groene Serie Privaatrecht mei 2019, 5: „compleet voor zover relevant voor de rechtspraktijk“; „gericht op het geldende recht en niet opiniërend“; 11: „vermeld arresten van de Hoge Raad en alleen bij gebreke daarvan of in aanvulling daarvan lagere rechtspraak.“, 18: „De rechtspraktijk is doorgaans niet gediend bij uitgebreide verwijzingen naar buitenlandse literatuur en rechtspraak.“

Rat“ ist die höchste Instanz in Zivilsachen). Für rechtsvergleichende Überlegungen ist kein Raum. Für Leser, die weitergehende Information suchen, wird allerdings stets ein Überblick über die einschlägige Literatur gegeben. Dem Praxisbezug entspricht, dass die „Groene Serie“ jetzt nur noch online erscheint.

2. Text und Kommentar

Zwei Jahre vor Inkrafttreten des heutigen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Jahr 1990, entstand „Tekst en Commentaar“. Laut dem Vorwort der ersten Auflage war das Werk nötig, weil sich das Gesetzgebungsverfahren über einen so langen Zeitraum hingezogen hatte. Die vielen Gesetzesmaterialien seien zu einem historischen Dickicht geworden, in dem sich niemand mehr zurechtfinden könne, so der Autor und Initiator, der Leidener Professor für Privatrecht *Hans Nieuwenhuis* (1944–2015).[48] Manche Passagen der Gesetzesgeschichte bezogen sich auf inzwischen gestrichene Gesetzentwürfe, andere auf drastisch oder weniger drastisch geänderte Gesetzesartikel.[49]

In stärkerem Maße als andere Literatur konzentrierte sich „Tekst en Commentaar“ auf den Gesetzestext. Dieser wurde grundsätzlich mit abgedruckt, woraufhin jeweils der Kommentar zu dem Artikel folgte. Dieser Kommentar bestand zunächst hauptsächlich aus Verweisen auf die relevante Gesetzesgeschichte, doch änderte sich das bald: „Tekst en Commentaar“ war ein großer Erfolg, das in Blau veröffentlichte Werk wurde in der Praxis als „Blauwe Engel“ [Blauer Engel] bekannt. Die rasch aufeinander folgenden Neuauflagen drängten die Gesetzesgeschichte zunehmend in den Hintergrund; im Vordergrund stand immer mehr die einschlägige Rechtsprechung des *Hoge Raad.* Da „Tekst en Commentaar“ als „praktischer“ Kommentar gedacht ist, schenkt er der niederen Gerichtsbarkeit keine Aufmerksamkeit; auch sind weder die relevante Literatur noch weiterführende Literaturmeinungen nachgewiesen. Für die Äußerung einer eigenen Meinung ist nur Raum, so die Autorenrichtlinien, „wenn die Gerichtsentscheidungen und die Gesetzesgeschichte keine Lösung bieten“. An der äußeren Form der Wiedergabe des Gesetzestextes mit Kommentierungen Artikel für Artikel hielt man jedoch fest, „so dass der Gesetzestext viel direkter behandelt wird als in anderen Hand- und Lehrbü-

---

[48] Zu Nieuwenhuis siehe *J.H.A. Lokin,* Hans Nieuwenhuis (1944–2015): Sokrates aan de Leidse Rijn, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2015, 258–268. Siehe auch *R. de Graaff et al.,* Hoe begrip van burgerlijk recht mogelijk is. Over het werk van Hans Nieuwenhuis, Ars Aequi 2015, 835–840.

[49] *J.H. Nieuwenhuis/C.J.J.M. Stolker/W.L. Valk,* Tekst en Commentaar, 1. Aufl., 1990, V (Vorwort).

chern".[50] „Tekst en Commentaar" soll Juristen in der Praxis die Möglichkeit geben, sich möglichst rasch einen Überblick über den Umfang und die Bedeutung einer Vorschrift des Gesetzes zu verschaffen, damit sie ihn auf einen sie betreffenden Fall anwenden können. Nach den Autorenrichtlinien soll die Kommentierung deshalb nicht mehr als „Gesetzestext plus" bieten.

Der Kommentar erscheint sowohl online als auch in gedruckter Form, um möglichst viele Juristen zu erreichen. Schon bald kamen Teile hinzu, in denen nicht das BW kommentiert wurde, sondern jeweils ein anderes Rechtsgebiet. So erschienen etwa Bände (in anderen Farben) zum Mietrecht, Arbeitsrecht, Umweltrecht und auch zum Strafrecht, in denen neben den einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes weitere Regelungen nach bewährtem Rezept kommentiert werden.

Im Vorwort zur ersten Auflage von „Tekst en Commentaar" im Jahr 1990 schrieb *Nieuwenhuis,* dass es ein vergleichbares Werk in seinem Land noch nicht gegeben habe. Mit diesen Worten machte er implizit deutlich, woher er die Inspiration für die Reihe „Tekst en Commentaar" gewonnen hatte: Die Reihe basiert, wie *Nieuwenhuis* mir einmal sagte, auf dem deutschen *Jauernig*-Kommentar.[51] Wer eine Seite von „Tekst en Commentaar" neben eine Seite von Jauernig legt, erkennt, dass die Ähnlichkeit der beiden Kommentare nicht nur eine Frage des Inhalts ist. Beide Werke sind auf Dünndruckpapier gedruckt und arbeiten mit fett gedruckten Überschriften, die dem Leser schnell einen Überblick verschaffen. Das Vorbild für das Werk findet sich also in Deutschland, nicht in den Niederlanden, was angesichts der großen Anzahl vergleichbarer Werke, die unmittelbar nach der Einführung des früheren Gesetzbuchs erschienen waren (etwa die Werke von *Lipman/Tydeman, Schuurmann/Jordens* und *Vernède,* siehe oben II.1.) durchaus möglich gewesen wäre.

3. *Sdu-Kommentar*

Zu „Tekst en Commentaar" hat sich, inspiriert vom großen Erfolg des „Blauen Engels", noch ein weiterer Kommentar zu den wichtigsten Teilen des *Burgerlijk Wetboek* hinzugesellt: der „Sdu Commentaar", herausgegeben im Verlag Sdu, der ehemaligen Staatsdruckerei (Sdu steht für *Staatsdrukkerij en uitgevers*).[52] Diesen Kommentar kann man charakterisieren als den kleinen

---

[50] *C.J.J.M. Stolker/W.L. Valk/T.C. Borman,* Tekst en Commentaar. Aanwijzingen voor auteurs en redacties, 2017, 9 f.

[51] *O. Jauernig* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Aufl., 1979; jetzt 17. Aufl., 2018, hg. v. R. Stürner.

[52] *A.I.M. van Mierlo/T. Hartlief/R.P.J.L. Tjittes* (Hg.) Sdu Commentaar Vermogensrecht, 2010. Wie bei „Tekst en Commentaar" sind auch Sdu-Kommentare zu anderen für die Praxis wichtigen Rechtsgebieten erschienen, wie Arbeitsrecht, Insolvenzrecht, Prozessrecht usw.

Bruder von „Tekst en Commentaar“: Er ist ebenfalls kurz und praxisnah, unterscheidet sich aber vom Erstgeborenen darin, dass es mehr Raum gibt für die in der Praxis oft wichtige Gerichtsbarkeit der unteren Instanzen. Dies hängt damit zusammen, dass der Verlag Sdu auch einige Rechtsprechungs-Zeitschriften herausgibt. In der Online-Version des Kommentars kann man sich via Hyperlinks direkt zur Rechtsprechung „durchklicken“.[53]

4. Drei Kurzkommentare

Neben den zwei maßgeblichen Schriftenreihen zum Privatrecht, der Asser-Reihe und der Pitlo-Reihe, gibt es in den Niederlanden somit drei Kommentare: die „Groene Serie“, „Tekst en Commentaar“ und den „Sdu Commentaar'“. Die Frage liegt nahe, wie sich diese Werke unterscheiden, und wie weit Gemeinsamkeiten bestehen.

Freilich gilt es bei der Antwort auf eine solche Frage zu berücksichtigen, dass die drei Kommentare von einer Vielzahl von Autoren bearbeitet werden, so dass es unmöglich ist, eine vollständige Beschreibung der gesamten Kommentare zu liefern. Ich konzentriere mich insoweit auf die zwei weitaus wichtigsten Kommentare, die „Groene Serie“ und „Tekst en Commentaar“, und beschränke mich zum „Sdu Commentaar“ auf einige Bemerkungen. Im Großen und Ganzen könnte man sagen, dass die „Groene Serie“ etwas akademischer ausgerichtet ist als „Tekst en Commentaar“. Dementsprechend ist die „Groene Serie“ auch umfangreicher als „Tekst en Commentaar“. So bieten die Kommentare der „Groene Serie“ beispielsweise, anders als „Tekst en Commentaar“ eine Auflistung der einschlägigen Literatur. Die „Groene Serie“ erfüllt damit eine Filterfunktion: Leser können ohne Weiteres die Bedeutung des Gesetzestextes und der entsprechenden Literatur erkennen. Auf diese Weise können sie sich mit Blick auf die weitere Forschung orientieren. Damit soll die „Groene Serie“ einen vollständigen Überblick zu Rechtsprechung und Literatur bieten, soweit diese für die Rechtspraxis relevant sind. Der einzige Zweck von „Tekst en Commentaar“ besteht demgegenüber darin, die Bedeutung des Gesetzestextes so präzise wie möglich darzustellen. Der Leser findet deshalb kaum mehr als den Kern der einschlägigen Rechtsprechung des *Hoge Raad* und der Gesetzgebungsgeschichte.[54] Beide Kommentare bieten Leitfäden für einen raschen Überblick. Beide Kommentare sind daher in der Praxis ausgesprochen beliebt, jedoch weniger in der akademischen Welt. Natürlich werden beide Kommentare auch in der Rechtswissenschaft verwendet, soweit es um einen schnellen Überblick über ein bestimmtes Thema geht. Das bedeutet freilich nicht, dass die beiden Kommentare als „zitierfähig“ gelten;

[53] Vgl. das Vorwort der zweiten Auflage: *P.S. Bakker et al.* (Hg), Sdu Commentaar Vermogensrecht, 2. Aufl., 2020.

[54] Abweichend wird, wie bereits erwähnt, im „Sdu Commentaar“ auch die unterinstanzliche Rechtsprechung einbezogen.

dies ist zumeist bereits dadurch ausgeschlossen, dass sie nicht mehr als einen Überblick über an anderer Stelle geäußerte Meinungen und Ansichten bieten. Dementsprechend ist es unüblich, Kommentare zu einer Reihe von Gesetzesartikeln in der „Groene Serie“, in „Tekst en Commentaar“ oder im „Sdu Commentaar“ in Publikationsübersichten unter der Überschrift wissenschaftliche Publikationen aufzuführen. Es ist daher etwas paradox, dass die Bearbeitung der drei Kommentare größtenteils in den Händen von akademischen Juristen und von Praktikern mit einer Teilzeitstelle an einer Universität liegt. Wahrscheinlich erklärt dieser Umstand auch die oben erläuterten detaillierten Autorenanweisungen, die den Redakteuren vor allem mitteilen, was sie nicht tun sollten (Rechtsvergleiche, abweichende Rechtsprechung, Darstellung von Diskussionen in der Literatur usw).

IV. Die Niederlande damals und heute – die Niederlande und Deutschland

Blickt man auf die privatrechtliche Publikationskultur in den Niederlanden, so fällt auf, dass es heute weniger Handbücher zum geltenden BW gibt als zum vorherigen OBW. Ein gleiches Bild bietet sich bei den Kommentaren; auch hier war die Welt nach 1838 bunter. Auffällig ist zudem, dass die in der Praxis tätigen Juristen (Anwälte, Richter, Notare) diese Literaturform weitgehend vernachlässigen. Während nach der Einführung des vorherigen Gesetzbuchs 1838 Praxisjuristen noch artikelweise strukturierte Kommentare veröffentlichten (*De Pinto, Pliester, Van Hasselt;* siehe oben II.1.), findet sich solche Literatur nach 1992 nicht mehr. Im Vergleich zum 19. Jahrhundert ist der Anteil praktizierender Juristen an der Rechtsliteratur in den Niederlanden gering.[55] Es sind vor allem Wissenschaftler, die Handbücher, Lehrbücher und Kommentare schreiben. Möglicherweise findet sich hier ein Grund für die im Vergleich zu Deutschland eher dürftige Kommentarkultur. In den Niederlanden fehlt ein Großkommentar wie der Münchener Kommentar oder der Staudinger auch deshalb, weil der Autorenpool in den Niederlanden kleiner ist als in Deutschland.

Dieser Unterschied ist nicht zuletzt auf Unterschiede zwischen der deutschen und der niederländischen Promotion zurückzuführen: Eine niederländische Promotion läuft über vier oder fünf Jahre, so dass die Anzahl der Promotionen geringer ausfällt als in Deutschland. Folglich ist die Zahl praktizierender Juristen mit Publikationserfahrung in den Niederlanden geringer als in Deutschland. Hinzu kommt, dass der Verlag Wolters Kluwer die niederländische juristische Verlagslandschaft dominiert. Neben der von Wolters Kluwer

[55] Zum großen Einfluss Rechtspraktiker im 19. Jahrhundert *J.H.A. Lokin,* Van tweeën een. Drie tijdschriften herdacht, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1989, 223–245, 225.

herausgegebenen Asser-Reihe besteht kein Bedarf an einem Kommentar, der ausführlicher ist als die beiden Kommentare, die dieser Verlag bereits herausgibt. Der „Sdu Commentaar" wurde auch deshalb kein großer Erfolg, weil Wolters Kluwer bis vor kurzem die Eingliederung des „Sdu Commentaar" in die meistverwendeten juristischen Datenbanken verhinderte. Zudem sind die Niederlande offensichtlich ein viel kleineres Land mit weitaus weniger Einwohnern als Deutschland. Auch dies bildet einen Grund für die ärmere Kommentarkultur. Allerdings bietet die „Kleinstaaterei" keine hinreichende Erklärung: Die Schweiz und Österreich sind ebenfalls kleinere Länder als Deutschland, haben aber dennoch eine reiche(re) Kommentarkultur. Vielleicht spielt auch der Pragmatismus der Niederländer eine Rolle, die die deutsche rechtswissenschaftliche Kultur und Literatur als unnötig detailliert und damit als nicht sehr praktisch empfinden. Und schließlich schwächt auch die empirische Ausrichtung der Rechtswissenschaft statt der (traditionell) dogmatischen die Kommentarkultur (Gleiches gilt auch für die Bearbeitung eines Asser-Teils).[56]

All diese Aspekte können im Zusammenspiel durchaus erklären, warum es in den Niederlanden keine allzu reichhaltige Kommentarkultur gibt. Gleichwohl scheint dieser Befund aus mehreren Gründen bemerkenswert. Zum einen, weil das BGB (und auch das Schweizerische ZGB) während der Gesetzgebung zum BW von 1992 einen relativ großen Einfluss ausübten.[57] Beispielsweise hat das Vermögensrecht des niederländischen BW nach deutschem Vorbild einen allgemeinen Teil.[58] Man könnte deshalb erwarten, dass im Zuge des Einflusses des deutschen Gesetzbuchs auch Aspekte der deutschen privatrechtlichen Publikationskultur in die Niederlande übernommen würden. Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit, zu einem oder mehreren Gesetzesartikeln Stellung zu nehmen, eine einfache und prägnantes Publikationsformat bietet, wobei die Möglichkeit von Online-Publikation zu einer schnellen Veröffentlichung beiträgt, was gleichermaßen im Interesse des Autors und des Verlegers liegen. Auch scheint es einfacher zu sein, einen Kommentar zum niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch *up to date* zu halten, als die verschiedenen Teile der Asser-Reihe. Gerade die Tatsache,

---

[56] Vgl. hierzu *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 132–143.

[57] Dies zeigt sich zum Beispiel an den unzähligen Malen, in denen Meijers in den von ihm verfassten Erläuterungen auf deutsche Gesetzesartikel und Literatur und in geringerem Maße auf das Schweizer Recht verwies. Zur Rolle der Rechtsvergleichung bei Meijers (und seinen Nachfolgern als Mitgliedern der Gesetzgebungskommission) vgl. *V.J.A. Sütő,* Nieuw vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947–1961), 2004, 26 ff. Siehe auch *E.O.H.P. Florijn,* Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 1994, 106, über die Arbeitsmethode von Meijers; zum Einfluss des Schweizer Rechts *J.E. Jansen,* Over de invloed van het Zwitserse zakenrecht op het Ontwerp Meijers en Boek 5 BW, Ars Aequi 2012/11, 524–527.

[58] Ausführlich hierzu *C.J.H. Jansen,* De wetenschappelijke beoefening (Fn. 8), 105–114.

dass ein Kommentar zu einer Reihe von Gesetzesartikeln eine übersichtliche und relativ schnell zu erledigende Aufgabe bildet, scheint auch besser zur modernen akademischen Kultur zu passen, in der sich, auf Kosten der Forschung, der Schwerpunkt von festangestellten Mitarbeitern zunehmend auf eine Kombination aus Ausbildung und externer Finanzierung verlagert hat. In diesem Sinne könnte die *slow science,* wie die Arbeit an einem Hand- oder Lehrbuchs, immer unattraktiver und unpopulärer werden und damit mehr Raum für die Kommentierung einer Reihe von Gesetzesartikeln in einem Großkommentar entsteht. Wenn dies in den Niederlanden nicht der Fall ist, so erklärt sich das nicht zuletzt damit, dass die Kommentierung von Gesetzesartikeln wenig wissenschaftliches Ansehen genießt.

V. Ausblick

Wird die niederländische privatrechtliche Publikationskultur künftig eher der deutschen ähneln, oder bleiben die Unterschiede auch im 21. Jahrhundert bestehen? Ich erwarte, dass sich die beiden Kulturen aufeinander zubewegen werden: In Deutschland wird der Schwerpunkt möglicherweise weniger auf Kommentaren liegen und in den Niederlanden eher etwas mehr. Für einen neuen, ausführlicheren Kommentar gibt es in den Niederlanden wahrscheinlich keinen Platz, aber es ist durchaus möglich, dass sich die „Groene Serie“ immer mehr zu dem entwickelt, was in Deutschland als Großkommentar bezeichnet wird. Hierbei berufe ich mich auf eine Äußerung, die der Dichter *Heinrich Heine* über die Niederlande gemacht haben soll: „Wenn die Welt untergeht, so ziehe ich nach Holland, denn dort geschieht alles 50 Jahre später.“[59]

[59] In der niederländischen Literatur wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass für Heines Bemerkung eine Quelle fehlt. Das Bonmot wird in allen möglichen Varianten verschiedenen berühmten Regionen und Personen zugeschrieben, beispielsweise Karl Kraus im Zusammenhang mit Wien oder Bismarck mit Blick auf Mecklenburg-Vorpommern.

Juristische Kommentare in Spanien, mit besonderer Berücksichtigung des Zivilrechts

Erfolg und Misserfolg eines Modells

Bruno Rodríguez-Rosado[*]

I. Historische Wurzeln

Der Beginn der juristischen Kommentare in Spanien ist mit der Geburt einer eigenen spanischen Rechtswissenschaft verbunden. Wie *Antonio Martín Pérez* gezeigt hat, bestand die erste juristische Literatur zum spanischen Recht – meistens noch auf Latein, aber auch schon auf Spanisch – aus anonymen Glossen zu den wichtigsten Gesetzestexten von Kastilien.[1] Die ersten Rechtsgelehrten aus Kastilien, deren Namen uns bekannt sind (*Arias de Balboa, González de Bustamante, Arias Dávila*), waren Verfasser von Glossen zu den entstehenden Gesetzestexten des Königreichs. Bereits Ende des 15. Jahrhun-

[*] Für die sorgfältige Korrektur des Textes und wertvolle Hinweise danke ich Frau Ass. jur. Viviana Kutz.

[1] *A. Pérez Martín,* Glosas Medievales a Textos jurídicos hispánicos. Inventario y tipos, Cahiers d'Études Hispaniques Médiévales 14–15 (1989), 17–35, 17 ff. Unter diesen Gesetzestexten hervorzuheben sind *el Fuero Real, el Espéculo* und *las Siete Partidas,* alle von König Alfons X verkündet.

derts ragt der Name von *Alonso Díaz de Montalvo* hervor, der den *Fuero Real* und die *Partidas* glossierte.[2] Im 16. Jahrhundert setzte sich zum einen die Tradition der Glossen fort, wie etwa die 1555 veröffentlichte Glosse von *Gregorio López* zum Text der *Partidas* zeigt, die zur *Glossa magna* für diesen Text des 13. Jahrhunderts werden sollte.[3] Zum anderen entstanden im 16. Jahrhundert auch erste Kommentare im engeren Sinne, die einen eigenständigen und strukturierten Text bildeten und insofern über die Form der Glosse hinausgingen. Die ersten Kommentare in diesem Sinne sind die von *Antonio Gómez* („In leges Tauri Commentarius") und *Marcos Burgos de Paz* („Ad leges taurinas commentarii") – beide zu den Gesetzen, die in den Landständen der Stadt Toro erlassen wurden.[4]

Seitdem sind zahlreiche juristische Kommentare zu spanischen Gesetzen erschienen; im 16. und 17. Jahrhundert meistens auf Latein, im 18. und 19. Jahrhundert bereits auf Spanisch. Besonders hervorzuheben sind dabei als bedeutende Kommentare des 16. und 17. Jahrhunderts die Namen von *Alfonso de Acevedo* mit seinen „Commentaria iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones" (Salamanca, 1583) und *Juan Gutiérrez* mit seinen „Commentaria ad leges Regias" (Salamanca, 1588). Beide Kommentare beziehen sich auf die *Nueva Recopilación,* eine 1567 von Philipp II. erlassene Sammlung der Gesetze von Kastilien, und sind in mehreren Auflagen publiziert. Auf Spanisch erschien im 18 Jahrhundert der „Comentario a las Leyes de Toro" von *Alvarez Posadilla* (1796); bedeutende Kommentare des 19. Jahrhunderts sind der „Comentario a las Leyes de Toro" (1827) von *Llamas y Molina* und der „Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro" (1862) von

---

[2] Zu diesem Autor *A. Pérez Martín,* El aparato de glosas a las Partidas de Alonso Díaz de Montalvo, Carthaginensia Revista de Estudios e Investigación. Instituto Teológico de Murcia O.F.M. 31 (2015), 591–662, 591 ff.

[3] Zu diesem Text und seinem Autor siehe *R. Gibert,* La glosa de Gregorio López, in: J. Alvarado (Hg.), Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen, Bd. 1, 2000, 423–472, 423 ff.; *A. Pérez Martín,* El aparato de Glosas a las Siete Partidas de Gregorio López de Valenzuela, Glossae, European Journal of Legal History 13 (2016), 485–534, 485 ff.; *A. Masferrer,* The Siete Partidas of Wise King Alfonso IX and its Glossa (Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad), in: S. Dauchy *et al.* (Hg.), The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing, 2016, 106–110, 106 ff. Die Glosse von Gregorio López zu den Partidas wurde im 19. Jahrhundert von Sanponts y Barba, Martí de Eixala und Ferrer y Subirana ins Spanische übersetzt und 1843–1844 in Barcelona veröffentlicht.

[4] Die erste Auflage des „In leges Tauri Commentarius" von *A. Gómez* erschien 1555 in Salamanca, weitere Auflagen folgten (1591, 1598, 1602, 1624). Die erste Auflage der „Ad leges taurinas commentarii" von *M. Burgos de Paz* erschien 1578 in Valladolid. Antonio Gómez ist auch gut bekannt als Autor des Werks „Variarum resolutionum iuris communis et Regii libri tres" (erste Auflage 1552). Über beide Verfasser und den Einfluss ihrer Kommentare siehe *F. de Castro,* Derecho civil de España, Bd. 1, 1949, 148 f.

Pacheco y Gutiérrez.[5] Zudem gibt es zahlreiche Kommentare zu den Gesetzen des Foralrechts, besonders zum aragonesischen und katalanischen Recht.[6]

Das spanische Zivilgesetzbuch entstand in dieser Tradition. Bereits der Vorläufer des spanischen Zivilgesetzbuches (der Entwurf eines *Código civil* aus dem Jahr 1851, der als Vorbild für das endgültige Zivilgesetzbuch diente) wurde mit langen Kommentaren seines Autors, des Justizministers *García Goyena,* veröffentlicht, die immer noch sehr wichtig für die Auslegung des heutigen spanischen Gesetzestextes sind.[7]

II. Der spanische *Código civil* und seine Kommentare

1. *Verkündung des Código civil*

Das spanische Zivilgesetzbuch (*Código civil*) aus dem Jahr 1889 war das Ergebnis eines ein ganzes Jahrhundert dauernden Prozesses von Projekten und Versuchen. Seinen letzten Impuls erhielt es vom Justizminister Manuel Alonso Martínez. Es gelang ihm, das Parlament 1888 dazu zu bringen, ein Gesetz zu verabschieden, das die Grundsätze festlegte, nach denen die Regierung den *Código civil* verfassen sollte. Im Anschluss an diese Grundsätze wurde der *Código civil* von der Kodifizierungskommission („Comisión General de Códificación") des Justizministeriums ausgearbeitet und von der Regierung dem Parlament vorgelegt, das ihn im Juli 1889 endgültig genehmigte.[8] Seitdem ist er in Kraft, obwohl er 65 Änderungen erfahren hat.[9]

Auch wenn es hier nicht um den *Código civil* selbst, sondern um die spanische Kommentarliteratur gehen soll, sind einige Worte zum *Código civil* hilfreich, um eben diese Kommentare besser zu verstehen. Denn als Gegenstand der Kommentare hat der *Código civil* die Kommentare maßgeblich beeinflusst. Der *Código civil* ist ein praktisches Werk und wurde von Rechts-

---

[5] Zu diesen Autoren und ihrer Arbeit findet man Informationen im Diccionario Biográfico español von der *Real Academia de la Historia,* online verfügbar unter <dbe.rah.es>.

[6] Siehe *de Castro,* Derecho civil I (Fn. 4), 163 ff.

[7] *F. García Goyena,* Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español, 2 Bde., 1852. Es gibt zwei Nachdrucke von 1973.

[8] Über die Geschichte des spanischen Zivilgesetzbuches und die verschiedenen Versuche, es im 19. Jahrhundert zu kodifizieren, *J. Baro Pazos,* La codificación del Derecho civil en España, 1993. Die Texte der verschiedenen Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuches wurden von *J.F. Lasso Gaite* veröffentlicht: Crónica de la Codificación española, Bde. 4,1–2: Codificación civil, 1979–1980.

[9] Die meisten dieser Änderungen betreffen nur wenige Artikel des spanischen Zivilgesetzbuches. Die beiden umfangreichsten Änderungen fanden im Mai und Juli 1981 statt und dienten der Anpassung des *Código civil* an die Anforderungen der Verfassung von 1978. Die letzte Rechtsreform, die durch Königlichen Erlass vom 3. August 2018 eingeführt wurde, betrifft Artikel 156 und die Ausübung der elterlichen Sorge.

anwälten, nicht von Wissenschaftlern geschrieben. Häufig werden Synonyme, verschiedene Wörter für das gleiche Konzept oder ein Ausdruck mit mehreren Bedeutungen verwendet; beispielsweise steht „nulidad“ in Art. 1300 und 1301 *Código civil* sowohl für Nichtigkeit als auch für Anfechtbarkeit, ohne dass beide Konzepte klar abgegrenzt würden. Hervorzuheben ist zudem, dass der *Código civil* das spanische Zivilrecht nicht vereinheitlicht hat. Zum einen blieben Sondergesetze wie das Grundbuchgesetz (*Ley hipotecaria* aus dem Jahr 1861) oder das Standesamtsgesetz (*Ley del registro civil* aus dem Jahr 1870) in Kraft und der *Código civil* traf keine Regelung zu diesen Rechtsgebieten; zum anderen blieben neben Bestimmungen des *Código civil* daneben anwendbare historische Privatrechtsordnungen der einzelnen Regionen mit eigenen Sonderregelungen (sog. Foralrecht) bestehen. Der *Código civil* gilt in diesen Regionen (Alava, Vizcaya, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón und Navarra) nur insoweit, als er dem dortigen Privatrecht nicht widerspricht, oder ergänzend, soweit das Foralrecht keine entsprechenden Regelungen enthält. Diese Sonderregelungen betreffen hauptsächlich das Familien- und Erbrecht, obwohl diese Regionen in den letzten Jahren damit begonnen haben, auch Gesetze im Bereich des Schuld- und Sachenrechts zu erlassen.

2. *Die erste Welle von Kommentaren zum Código civil*

Bereits vor dem Inkrafttreten des *Código civil* im Jahr 1889 erschien der erste Kommentar zu diesem Gesetzestext. In den Jahren 1888 und 1889 veröffentlichte der Professor von Barcelona *Modesto Falcón,* teilweise auf der Basis des Gesetzentwurfs, seinen „Código civil ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y comentarios“ in fünf Bänden. Ebenfalls bereits im Jahr 1889 wurden der einbändige „Código civil español según la edición oficial: anotado y concordado“ von *Manuel de Bofarull* veröffentlicht sowie die zwei Bände des von der Redaktion der Revista de Derecho internacional verfassten „Código civil comentado“. In den Jahren 1890–1891 erschienen die vier Bände des „Cuestionario del Código civil comentado“ von dem Professor und Rechtsanwalt *Mario Navarro Amandi* und der ebenfalls vier Bände umfassende „Código civil español, comentado y concordado“ von *Leon Bonel y Sánchez.* Diesen Kommentaren folgten viele weitere Kommentare von ähnlicher Länge.[10]

Die beiden wichtigsten Kommentare dieser Zeit zum *Código civil* sind der des Richters des Obersten Gerichtshofs (Tribunal Supremo) *José María Manresa Navarro* in zwölf Bänden sowie ein unter dem Pseudonym *Quintus Mucius Scaevola* in fünfundzwanzig Bänden veröffentlichter Kommentar. *Manresas* zwischen 1890 und 1907 erschienener Kommentar „Comentarios al Código civil español“ ist aus meiner Sicht der Kommentar mit der höchsten

[10] Eine Liste aller Kommentare zum *Código civil* mit dem Anspruch auf Vollständigkeit, in einer Gesamtzahl von 13, veröffentlichte *de Castro* 1949 (Derecho civil I [Fn. 4], 300).

technischen Qualität dieser Zeit. Er erschien in mehreren Auflagen. Die achte und damit letzte Auflage, die von einigen Professoren aktualisiert wurde, wurde zwischen 1973 und 1976 veröffentlicht. Auch der Kommentar von *Scaevola,* „Código civil comentado y concordado extensamente", der den Anwälten *Pedro Apalategui Ocejo* und *Ricardo Oyuelos Pérez* zugeschrieben wird, wurde mehrfach durch verschiedene Autoren neu aufgelegt und aktualisiert. In beiden Kommentaren war jeder Artikel des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches jeweils einzeln kommentiert, wobei die Kommentierung versuchte, den Gesetzesartikel in Übereinstimmung mit dem übrigen Gesetzestext, seinen Vorläufern und der Rechtsprechung sowie im Falle von *Scaevolas* Kommentar zudem mit Verweisen auf die Bürgerlichen Gesetzbücher anderer Länder, insbesondere südeuropäischer und südamerikanischer Länder, auszulegen. In beiden Fällen führten die Aktualisierungen durch verschiedene Autoren allerdings dazu, dass die Kommentare ihre Einheitlichkeit verloren und dass spätere Auflagen im Allgemeinen nicht das Niveau der ersten Auflage erreichten.

All diese spanischen Kommentare des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts fußen zwar zweifellos auf den bereits erwähnten juristischen Kommentaren, die es früher in Spanien gab. Ihre eigentlichen Inspirationsquellen, die besonders im Falle der Kommentare von *Manresa* und *Scaevola* spürbar sind, sind aber die französischen Kommentare der *école de l'exégèse.* Genau wie diese – und obwohl in Frankreich bereits nicht mehr auf diese Art kommentiert wurde – wollten die spanischen Kommentare nämlich die Bedeutung des jeweiligen Artikels entschlüsseln sowie seinen Wortlaut und Inhalt und seine Einsatzmöglichkeiten aus sich heraus analysieren. Daher kann man durchaus sagen, dass die spanischen Kommentare der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine späte Frucht der Schule der *école de l'exégèse* sind.[11]

3. *Die zweite Welle von Kommentaren zum Código civil*

Diese Reihe von Kommentaren zum spanischen Bürgerlichen Gesetzbuch endete zunächst 1936, zeitgleich mit dem spanischen Bürgerkrieg. Die Ursachen für diesen Stillstand sind nicht leicht festzustellen; meiner Meinung nach gibt es aber zwei mögliche Hauptursachen. Zum einen verlor zu dieser Zeit die französische Rechtswissenschaft unter den spanischen Juristen an Bedeutung, während die italienische Rechtswissenschaft an Einfluss gewann (was übrigens auch auf politischen Gründen beruhte – denn es waren die ersten Jahre des Franco-Regimes). Die spanischen Juristen begannen nun, den neuen italienischen *Codice civile* als Vorbild zu betrachten und sich von der französischen Rechtswissenschaft und ihren Kommentaren zum *Code civil* zu

[11] Über die sogenannte *école de la exégèse* und ihre Kommentare *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2016, 66 f. m. w. N.

lösen.[12] Daran anknüpfend ergibt sich auch die zweite Ursache für ein vorläufiges Ende der Kommentierungen: Viele spanische Juristen wünschten – getreu dem italienischen Vorbild – ein neues Gesetzbuch, das den *Código civil* ablösen sollte. Dadurch sollte die spanische Rechtswissenschaft das gleiche Niveau erreichen, wie es die italienische Rechtswissenschaft erreicht hatte. Sogar die spanische Regierung, die sich die Schlussfolgerungen des Nationalen Kongresses für Zivilrecht von 1946 in Saragossa zu eigen machte – dieser hatte den Erlass eines neuen spanischen Zivilgesetzbuches vorgeschlagen – und einen Plan für seine Ausarbeitung entwarf, übernahm diese Idee. Dieser Plan des Nationalen Kongresses für Zivilrecht sah zunächst die Veröffentlichung spezieller Gesetze vor, die sich auf die Foralrechte beziehen sollten. Später sollte dann auf der Grundlage dieser Gesetze und des Zivilgesetzbuches von 1889 selbst ein neues und einheitliches Zivilgesetzbuch für ganz Spanien erlassen werden.[13] Bekanntlich wurde dieser Plan nur hinsichtlich des ersten Teils durchgeführt, d.h. es wurden Sondergesetze zur Regulierung der Foralrechte erlassen; ein neues Zivilgesetzbuch wurde hingegen nie verkündet. Dennoch ist es so, dass die spanischen Juristen in dieser Zwischenzeit viel von ihrem Interesse an der Analyse und Exegese ihres eigenen Zivilgesetzbuches verloren haben.

Es ist daher meines Erachtens kein Zufall, dass das Interesse an der Erstellung von juristischen Kommentaren zum *Código civil* wieder auftauchte, als feststand, dass der vorgenannte Entwurf eines neuen Zivilgesetzbuches niemals veröffentlicht werden würde. Ebenso fällt auf, dass dieses erneute Interesse am Schreiben von Kommentaren mit einer Zeit zusammenfiel, in der die spanische Rechtswissenschaft der deutschen noch nähergekommen war.

1974 erfuhr der *Código civil,* der ursprünglich aus vier Büchern und einem einleitenden Titel bestand, mit einem neuen einleitenden Titel eine weitreichende Änderung, ohne dass dabei der Plan eines völlig neuen Zivilgesetzbuches erwähnt wurde. Damit war klar, dass der Gesetzgeber die Ausarbeitung eines neuen Gesetzbuches implizit aufgegeben hatte.

---

[12] Sehr kritisch gegenüber dem Einfluss der italienischen Rechtslehre seit 1940 *J.M. Miquel González,* Los desprecios al Código civil, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 19 (2009), 229–238, 238: Nach seiner Meinung, die ich übersetze, „ist es auffällig, dass diese Missachtung des Textes des *Código civil* vor allem nach dem Bürgerkrieg auftritt. Ich weiß nicht, ob die ideologische Veränderung, die der Krieg mit sich brachte, die Diskreditierung eines liberalen Gesetzes [des spanischen *Código civil*] im Vergleich zum italienischen Gesetzbuch von 1942 begünstigte, das als technisch überlegen gilt und das unsere Lehre unter anderem durch die Studien unserer Juristen in Bologna leitet".

[13] Zum Nationalen Kongress des Bürgerlichen Rechts 1946 und zum Entwurf der Verkündung eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuches, ausführlich, *J.L. Lacruz Berdejo,* El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946, Anuario de Derecho civil 1 (1948), 145–155, 145 ff.; auch *de Castro,* Derecho civil I (Fn. 4), 234 ff.

In der Folgezeit erschienen wieder zahlreiche Kommentare. Ab dem Jahr 1978 erschienen etwa die „Comentarios al Código civil y compilaciones forales", veröffentlicht im Verlag Edersa und herausgegeben vom Professor der Universität Complutense von Madrid *Manuel Albaladejo.* Das Gesamtwerk, das auch Kommentare zu den Gesetzen des Foralrechts enthält, besteht aus 38 Bänden, von denen einige in mehrere Unterbände unterteilt sind; die Veröffentlichung wurde erst im Jahr 2002 abgeschlossen. Die meisten Autoren sind Professoren des Zivilrechts; insgesamt handelt es sich um den umfangreichsten und anspruchsvollsten Kommentar zum *Código civil.* Zwar erschien von vielen Bänden eine neue Auflage; mit dem letzten Teilband im Jahr 2002 endete jedoch die Aktualisierung des Kommentars und es erschienen keine neuen Auflagen mehr.

Seit 1978 wurden zudem auch mehrere kurze Kommentare veröffentlicht. Diese umfassen jeweils nur einen Band, sind vor allem auf die Praxis ausgerichtet und in diesem Sinne auch erfolgreich. Erwähnenswert sind dabei insbesondere die Kommentare von *Fernández Urzainqui* und *O'Callaghan* zum *Código civil,* da sie diejenigen sind, die am häufigsten neu aufgelegt wurden. Diese Kommentare enthalten einen sehr kurzen Kommentar zum jeweiligen Artikel und Auszüge aus der wichtigsten Rechtsprechung.[14]

Die von den Professoren *Bercovitz Rodríguez-Cano* und *Domínguez Luelmo* herausgegebenen Kommentare präsentieren sich dagegen mit höheren akademischen Ansprüchen: An dem Kommentar arbeiten jeweils unterschiedliche Autoren mit, die nicht nur auf die Rechtsprechung, sondern auch auf die juristische Literatur zurückgreifen.[15]

Einen besonderen Platz in der Kommentarliteratur nimmt der 1989 vom Justizministerium herausgegebene Kommentar zum Zivilgesetzbuch in zwei Bänden ein, an dem alle damaligen Professoren für Zivilrechts in Spanien mitwirkten. Dieser Kommentar wurde anlässlich des hundertsten Geburtstags des *Código civil* veröffentlicht. Ziel war es, einen kurzen Kommentar von hohem juristischem Niveau zu erstellen und zudem durch Neuauflagen für Aktualisierungen zu sorgen. Zwar erfüllt der Kommentar das Ziel des hohen juristischen Niveaus – er gilt immer noch als Standardwerk –, allerdings fehlt es an einer Aktualisierung des Kommentars durch Neuauflagen.[16]

Im Jahr 2000 erschien der Kommentar „Jurisprudencia civil comentada", der von *Miguel Pasquau Liaño* herausgegeben wurde. Obwohl der Titel nicht

---

[14] Der Kommentar vom Richter *Francisco Javier Fernández Urzainqui,* unter dem Namen „Código civil" veröffentlicht (nicht mit einer einfachen Ausgabe des *Código civil* mit einem Vorwort von ihm zu verwechseln), hat im Jahr 2016 die 11. Auflage erreicht. Der Kommentar von dem Professor und (ehemaligen) Richter des obersten Gerichts *Xavier O'Callaghan Muñoz,* unter dem Namen „Código civil comentado y con jurisprudencia", erschien zuletzt 2019 in 9. Auflage.

[15] *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentarios al Código civil, 4. Aufl., 2013. *A. Domínguez Luelmo* (Hg.), Comentarios al Código civil, 2010.

darauf hinweist, handelt es sich um einen Kommentar zu jedem einzelnen Artikel des *Código civil,* der sich besonders auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs stützt, und an dem mehr als fünfzig Universitätsprofessoren mitarbeiten. 2009 erschien eine neue Auflage in drei Bänden.

Ebenfalls stark auf die Rechtsprechung bezogen ist ein im Jahr 2000 publizierter Kommentar, dessen Autoren im Wesentlichen die Richter der (für Zivilsachen zuständigen) Ersten Kammer des Obersten Gerichtshofs waren, ferner einige andere gleichzeitig als Zivilrechtsprofessoren tätige Richter.[17] Die Kommentierung umfasst neun Bände und erinnert in vielerlei Hinsicht an den früheren deutschen „Reichsgerichtsrätekommentar" zum BGB, der von Richtern des deutschen Bundesgerichtshofs herausgegeben wurde.[18] Herausgeber war *Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,* der damalige Präsident der Ersten Kammer des Tribunal Supremo. In der Praxis fand der Kommentar jedoch wenig Resonanz und wurde lediglich 2006 ein zweites Mal aufgelegt.

In den letzten Jahren sind in mehreren Bänden zwei umfangreiche Kommentare erschienen, an denen viele Universitätsprofessoren mitwirken und in denen jeder Artikel des Bürgerlichen Gesetzbuches ausführlich kommentiert wird. Einer davon ist der von den Professoren *Cañizares, Orduña, de Pablo* und *Valpuesta* herausgegebene „Código civil comentado", an dem mehr als achtzig Universitätsprofessoren mitarbeiten. Er wurde 2011 in vier Bänden veröffentlicht, eine zweite aktualisierte Ausgabe erschien 2016. Der andere Kommentar sind die von *Bercovitz* herausgegebenen „Comentarios al Código civil" in neun Bänden (2013), an dem auch zahlreiche Professoren mitwirken.[19] Obwohl die beiden Kommentare der gleichen Konzeption folgen – ganz ähnlich der Konzeption der deutschen Kommentare –, hat vielleicht die stärkere inhaltliche Konzentration des ersten dazu geführt, dass dieser weiter verbreitet ist.

III. Weitere Kommentare zu den Gesetzen des Zivilrechts

Wie bereits erwähnt, besteht eine Besonderheit des *Código civil* darin, dass er nicht alle zivilrechtlichen Gesetze vereinheitlichte, sondern die Sondergesetze

[16] Die erste Ausgabe erschien 1989, „Comentario del Código civil". Im Jahr 1993 wurde eine zweite teilweise aktualisierte Ausgabe veröffentlicht, aber dann wurde die Arbeit unterbrochen.

[17] *I. Sierra Gil de la Cuesta* (Hg.), Comentario del Código civil, 9 Bde., 1. Aufl., 2000.

[18] Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes: Kommentar, zuletzt 12. Aufl., hg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 1974–2000.

[19] Diese Kommentare sind nicht zu verwechseln mit dem einbändigen Kommentar desselben Herausgebers, der ebenfalls den Titel „Comentarios al Código civil" trägt (4. Aufl., 2013), erwähnt in Fn. 15. Professor Bercovitz hat sich in Spanien durch seine Arbeit als Herausgeber diverser Kommentare hervorgetan.

in Zivilsachen, wie das Standesamtsgesetz und das Grundbuchgesetz, in Kraft hielt. In der ersten Periode der juristischen Kommentare in Spanien – die Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts stattfand – waren auch diese Gesetze bereits Gegenstand von Sonderkommentaren. Insbesondere die *Ley hipotecaria* (Grundbuchgesetz) aus dem Jahr 1861 war Objekt mehrerer Kommentierungen dieser Zeit: der Kommentare von *Pantoja* und *Lloret, Gómez de la Serna, Galindo y Escosura* und *Morell y Terry.*[20] Aber genau wie bei den Kommentaren zum *Código civil* ging diese Schreibtätigkeit nicht über die ersten Jahrzehnte des zwanzigsten Jahrhunderts hinaus.

Als in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts das Interesse am Verfassen von Kommentaren wieder aufflammte, gab es bereits viel mehr Sondergesetze zum Zivilrecht. Neben dem schon bestehenden Grundbuchsgesetz und Standesamtsgesetz war das Foralrecht kodifiziert worden. Darüber hinaus waren viele neue Gesetze, entweder aufgrund besonderer Bedürfnisse – Wohnungseigentumsgesetz, Mietgesetz, Pachtgesetz – oder aufgrund der Gesetzgebungstätigkeit der Europäischen Union – Gesetz zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucherkreditgesetz u. a. – entstanden. Fast alle diese Gesetze wurden kommentiert – sowohl die Gesetze des Foralrechts[21] als auch die oben genannten: das Wohnungseigentumsgesetz;[22] das Mietgesetz;[23] das Pachtgesetz;[24] das Urheberrechtsgesetz;[25] und mehrerer Verbraucherschutzgesetze.[26] Eine Auflistung aller Kommentare ist an dieser Stelle nicht möglich.

---

[20] *J. M. Pantoja/A. M. Lloret,* Ley hipotecaria comentada y explicada, 3 Bde., 1861–1862; *R. Gómez de la Serna,* La ley hipotecaria española comentada y concordada, 2 Bde., 1862; *L. Galindo y de Vera/R. Escosura y Escosura,* Comentarios a la legislación hipotecaria de España y ultramar, 4 Bde., 1880; *J. Morell y Terry,* Comentarios a la legislación hipotecaria, 6 Bde., 1920. Die drei letzten Kommentare gibt es in mehreren Auflagen.

[21] In der Reihe „Comentarios al Código civil y compilaciones forales“, die *M. Albaladejo* herausgab. Aber auch viele dieser Gesetze haben einen unabhängigen Kommentar, wie z.B. das Foralrecht von Aragón in „Comentarios a la compilación de Derecho civil foral de Aragón“, von *J.L. Lacruz Berdejo* in drei Bänden herausgegeben (1988, 1993, 1996); das von Navarra in „Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho civil foral de Navarra“, von *E. Rubio Torrano* herausgegeben (2002); das von Katalonien in „Comentarios al Código civil de Cataluña“ in zwei Bänden von *F. Puig Blanes* und *F.J. Sospedra Navas* herausgegeben, und in einer Reihe von Kommentaren, die jetzt *J. Egea Fernández* herausgibt.

[22] *M. Cuadrado Iglesias* (Hg.), Comentarios a la ley de reforma de Reforma de la propiedad horizontal; *J.M. Miquel González* (Hg.), Comentarios a la ley de propiedad horizontal, 2011; *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentarios a la ley de propiedad horizontal, 5. Aufl., 2014.

[23] *F. Pantaleón Prieto* (Hg.), Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, 1995; *X. O'Callaghan* (Hg.), Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, 1995; *C. Lasarte Álvarez* (Hg.), Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, 1996; *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, 2013.

[24] *M. Pasquau Liaño* (Hg.), Comentario a la ley de arrendamientos rústicos, 2004; *V. Guilarte Gutiérrez* (Hg.), Ley de arrendamientos rústicos: comentarios doctrinales y

IV. Ein kurzer Blick auf andere Rechtsgebiete

Die aktuelle Begeisterung spanischer Autoren für die Redaktion von juristischen Kommentaren existiert nicht nur im Bereich des Zivilrechts, sondern lässt sich in praktisch allen Rechtsgebieten beobachten. Ein kurzer Blick genügt, um festzustellen, dass es heute in fast jedem Bereich des spanischen Rechts juristische Kommentare gibt.

Wie im Zivilrecht gab es bereits in der zweiten Hälfte des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts einige Kommentare zu einigen Gesetzen von besonderer Bedeutung. Das Strafgesetzbuch (*Código penal*) war immer wieder Gegenstand von Kommentaren, die sich auch über die zentrale Periode des 20. Jahrhunderts erstreckten.[27] Auch das Zivilprozessgesetz (*Ley de enjuiciamiento civil*) war kurz nach seiner Veröffentlichung Gegenstand eines Kommentars, dessen Autor *Manresa* auch Autor eines der berühmtesten Kommentaren zum *Código civil* war.[28] Ebenso wurden juristischen Kommentare zum Strafprozessgesetz (*Ley de enjuiciamiento críminal*) und zum Handelsgesetzbuch (*Código de comercio*) veröffentlicht.[29] Diese Kommentare zu jeweils einzelnen Gesetzen blieben jedoch eine Ausnahme. Eine umfassende Kommentarlandschaft fehlte. Die meisten Gesetze, insbesondere die Verfassungen selbst, die eher als politisch und nicht als juristisch angesehen wurden, wurden nicht kommentiert.[30]

Aber genau wie im Zivilrecht gab es in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts und nun auch im 21. Jahrhundert auch in diesen Rechtsgebieten einen neuen Aufschwung an Kommentaren. So wurden Kommentare über die spanische Verfassung von 1978, das Strafgesetzbuch von 1994 und

---

formularios prácticos, 2. Aufl., 2006; *R. Ballarín Hernández* (Hg.), Comentario a la ley de arrendamientos rústicos, 2006.

[25] *J.M. Rodríguez Tapia* (Hg.), Comentarios a la ley de propiedad intelectual, 2. Aufl., 2009; *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentarios a la ley de propiedad intelectual, 4. Aufl., 2017.

[26] Unter anderem *S. Cámara Lapuente* (Hg.), Comentario a las normas de protección de los consumidores, 2011; *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, 2. Aufl., 2015.

[27] *T.M. Vizmanos/C. Álvarez Martínez,* Comentarios al Código penal, 1848; *F. Castejón,* Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870, 1926; *A. Quintano Ripollés,* Comentarios al Código penal, 1946.

[28] *J.M. Manresa y Navarro,* Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil reformada, 8 Bde., 1889, mit mehreren Auflagen.

[29] *E. Aguilera de Paz,* Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal, 6 Bde., 1912; *J.M. González de Chavarri y Vivanco,* Comentarios al Código de comercio, 5 Bde., 1925–1930.

[30] Zu der republikanischen Verfassung aus dem Jahr 1931 gab es jedoch Kommentare: siehe *N. Pérez Serrano,* La constitución española: antecedentes, texto, comentario, 1932.

das Zivilprozessgesetz von 2000 veröffentlicht.[31] Zudem gibt es unzählige Kommentare auch zu Gesetzen von geringerer Bedeutung.

V. Gründe für den Erfolg juristischer Kommentare in Spanien

Es sind bereits drei Faktoren erwähnt worden, die als Hauptursachen zum Erfolg der Rechtskommentare in Spanien geführt haben: die eigene Tradition der Kommentare, der Einfluss der sogenannten *école de l'exégèse* und der Einfluss der deutschen Rechtslehre. Dennoch ist es angebracht, etwas mehr über die Erfolgsgründe zu sagen.

Zunächst zu der bereits erwähnten Tradition der juristischen Kommentare in Spanien: *Antonio Martín* hat auf die Besonderheit der spanischen Rechtswissenschaft hingewiesen, dass es bereits zur Zeit des *ius commune* in Spanien Tradition war, eigene Gesetze zu kommentieren und nicht so sehr das *Corpus iuris civilis.*[32] Es ist daher eine logische Folge, dass auch neu veröffentlichte spanische Gesetze kommentiert wurden.

Was den Einfluss der Autoren der *école de l'exégèse* auf die spanischen Juristen des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts betrifft, so ist zu bedenken, dass dieser Einfluss auf das Ansehen zurückzuführen ist, das der *Code civil* in ganz Europa genoss. Spanische Juristen waren mit den Werken von *Toullier, Demolombe, Duranton* oder *Laurent* vertraut, und versuchten, diese nachzuahmen. Dabei kommen die Texte der spanischen juristischen Kommentare dieser Zeit dem Text der französischen Kommentare sehr nahe: Sie sind in der Regel Werke eines einzigen Autors, der sich sehr stark auf die Analyse des Rechtstextes und seine Interpretation konzentriert und wenig Kritik an seinen Unvollkommenheiten und Gesetzeslücken übt. Auch wenn diese Kommentare in der modernen Kommentarlandschaft obsolet erscheinen, behalten sie ihren Wert als Auslegungsinstrument des Wortlauts des Gesetzes.

Des Weiteren ist, wie bereits gesagt, in den juristischen Kommentaren der letzten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts und bis heute der Einfluss der deutschen Rechtslehre klar spürbar. Die Kommentare sind mit einer Struktur geschrieben, die derjenigen der deutschen Kommentare ähnlich ist. Sie sind das Werk einer großen Anzahl von Autoren, die von einem Redakteur koor-

---

[31] Zu der Verfassung werden mehrere Kommentare von *O. Alzaga Villaamil, G. Peces Barba, L.M. Cazorla Prieto, M.E. Casas Bahamonde* herausgegeben; zum Strafgesetzbuch von *J.L. Díez Ripollés, G. Rodríguez Mourullo, G. Quintero Olivares, J.L. Manzanares Samaniego, L. Arroyo Zapatero, M. Gómez Tomillo, M. Cobo del Rosal, J.A. Cruz de Pablo;* und zum Zivilprozessgesetz von *F. Cordón Moreno, L. Marín Castán, F. Toribios Fuentes, J. Garberí Llobregat* und *J. Banacloche Palao.*

[32] *Pérez Martín,* Glosas Medievales (Fn. 1), 35.

diniert werden. In einigen Fällen (insbesondere in den aktuellen Kommentaren zum *Código civil,* die *Cañizares* und *Bercovitz* herausgegeben haben) beschränken sich die Kommentierungen der einzelnen Artikel nicht auf bloße Erläuterungen des Gesetzestextes, sondern ähneln eigenen kleinen Abhandlungen. Diese Kommentierungen nehmen den Gesetzestext zum Anlass, um die jeweilige Rechtsfigur zu erklären und zudem die Fortschritte, die sich über den Gesetzestext hinaus in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelt haben, zu erfassen.

Dieser Einfluss deutscher juristischen Kommentare in Spanien mag auf den ersten Blick überraschend sein; aber man sollte bedenken, dass die gesamte spanische Rechtswissenschaft Ende des 20. Jahrhunderts von der deutschen Rechtswissenschaft beeinflusst wurde. Aus keiner anderen Sprache sind so viele juristische Lehrbücher und Monografien auf Spanisch übersetzt wie aus dem Deutschen – und das gilt nicht nur für das Zivilrecht, sondern ebenso für das Strafrecht und das Verfassungsrecht.[33] Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die bekanntesten spanischen Autoren seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts mit dem deutschen Recht vertraut waren.[34] Wenn in den letzten Jahren der Einfluss von Autoren aus dem Bereich des *Common Law* zugenommen hat, so ist dies auf die Verbreitung des Englischen als internationale Sprache zurückzuführen.

VI. Gründe für den relativen Misserfolg juristischer Kommentare in Spanien

Trotz aller bisher beschriebenen Erfolge der juristischen Kommentare in Spanien muss man sagen, dass sie nicht die gleiche Rolle gespielt haben wie Kommentare im deutschen Rechtssystem. Juristische Kommentare, so wurde zu

---

[33] Allein folgende Lehrbücher zum deutschen Zivilrecht wurden ins Spanische übersetzt: das klassische Lehrbuch in mehreren Bänden von *L. Enneccerus/T. Kipp/M. Wolff* (1933), der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts von *A. von Tuhr* (1947), der allgemeine Teil von *H. Lehmann* (1956), das Schuldrecht von *J.W. Hedemann* (1958), das Schuldrecht von *K. Larenz* (1959), das Schuldrecht von *D. Medicus* (1995), das Rechtsgeschäft von *W. Flume* (1998), die Sachenrechtslehrbücher von *Hedemann* (1955) und *H.P. Westermann* (2007), das Erbrecht von *J. Binder* (1953) und drei Mal, zuletzt im Jahr 2013, das deutsche BGB (durch C. Melón Infante, E. Eiranova Encinas und A. Lamarca Marqués).

[34] L. Díez-Picazo, Verfasser eines der berühmtesten Lehrbücher zum spanischen Zivilrecht („Sistema de Derecho civil“), hat mehrere Werke deutscher Autoren (Wieacker, Viehweg) ins Spanische übersetzt. Und auch Lacruz Berdejo, Verfasser des Lehrbuches „Elementos de Derecho civil“, hat das „Erbrecht“ von Binder ins Spanische übersetzt. Federico de Castro, seinerseits Verfasser des Lehrbuchs „Derecho civil de España“, führte viele Konzepte aus der deutschen Rechtslehre in Spanien ein.

Recht gesagt, begleiten den deutschen Juristen von der Wiege bis zur Bahre.[35] In Spanien hingegen spielen sie eine viel geringere Rolle. Es ist schwer, sich einen deutschen Rechtsanwalt ohne den Palandt vorzustellen, aber nur relativ wenige spanische Anwälte verwenden Kommentare bei ihrer Arbeit. Und Jurastudenten sind mit ihrer Benutzung kaum vertraut. Die fehlende durchgängige Praxisausrichtung zeigt sich daran, dass es zwar viele in Spanien veröffentlichte juristische Kommentare gibt, aber nur sehr wenige mehrere Ausgaben erreichen.[36] Für diesen relativen Misserfolg können mehrere Gründe angeführt werden.

1. Trennung zwischen Theorie und Praxis

Es mag für den deutschen Leser etwas überraschend sein, aber die Art und Weise, wie Recht in Spanien gelehrt wird, ist enorm theoretisch. Die Klausuren bestehen im Wesentlichen aus theoretischen Fragen, die ohne den Gesetzestext – der daher in weiten Teilen auswendig gelernt werden muss – beantwortet werden müssen; nur gelegentlich werden Fälle vorgestellt. Die Berufspraxis lernen Juristen erst nach dem Studium kennen. Das hat zur Folge, dass Praktiker nicht glauben, dass Wissenschaftler, die mit der Praxis eben nicht vertraut sind, angemessene, praxistaugliche Lösungen für ihre Probleme bieten können. Daher schätzen Praktiker weder die Schriften von Universitätsprofessoren noch deren Gesetzkommentare. Praktische Juristen vertrauen vielmehr ihren eigenen Informationsquellen, vor allem Rechtsprechungsdatenbanken.

Kommentare aus der Feder von Praktikern sind wiederum in Spanien weitgehend unbekannt, wie es überhaupt viel weniger üblich als in Deutschland ist, dass praktisch tätige Juristen wissenschaftliche Arbeiten schreiben. Der von den Richtern des Tribunal Supremo herausgegebene Kommentar[37] bildet insoweit eine Ausnahme.

Man könnte meinen, dass der Bologna-Prozess, der in allen spanischen juristischen Fakultäten umgesetzt wurde, Theorie und Praxis stärker miteinander verbunden hätte. Aber der Bologna-Prozess hat die Probleme eher verschärft. Zuvor dauerte das juristische Studium fünf Jahre, und alle Fächer waren verpflichtend. Nun dauert der Bachelor in Jura nur noch vier Jahre und mehrere der Fächer sind optional. Dies hat zur Folge, dass die Dozenten noch weniger Zeit für praktische Übungen haben und sich daher verstärkt auf die Theorie konzentrieren. Erst im Master, der jedoch nicht von allen Studierenden absolviert wird, wird praxisnah gelehrt und gelernt.

---

[35] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 11), VII; über den Palandt *K. W. Slapnicar,* Der Wilke, der später Palandt hieß, NJW 2000, 1692–1699, 1699.

[36] Die Kommentare zum *Código civil,* die heute die größte Anzahl von Ausgaben erreicht haben (die von Fernández Urzainqui und O'Callaghan [jeweils Fn. 14]) sind eher strukturierte Rechtsprechungs- und Materialsammlungen als genuin systematische Kommentare.

[37] *Sierra Gil de la Cuesta,* Comentario del Código civil (Fn. 17).

2. *Dissoziation zwischen dem spanischen Zivilrecht und dem Código civil*

Ein zweiter Grund besteht in der strukturellen Diskrepanz zwischen Zivilrechtslehre und Kodifikation. In Deutschland geht die Lehre des Zivilrechts Hand in Hand mit der Struktur des BGB: Beide beginnen mit einem Allgemeinen Teil, gehen über ins Schuldrecht, beschäftigen sich sodann mit den dinglichen Rechten und enden mit dem Familien- und Erbrecht. Die deutschen Studierenden beginnen ihr Studium des Zivilrechts – wie auch der anderen Rechtsgebiete –, gewissermaßen mit Paragraph 1 des Gesetzbuches und enden mit dem letzten Paragraphen. Daher hat der deutsche Jurist einen starken Bezug zum Gesetz, das zum einen zwar interpretiert und ergänzt werden kann, aber zum anderen gleichzeitig eine Grenze für jede autonome Rechtsfortbildung darstellt. Daraus folgt, dass auch die Studierenden ein großes Interesse an den entsprechenden Kommentierungen zeigen.

Die Ausbildung der spanischen Juristen hingegen stützt sich nicht so sehr auf den Gesetzestext. Es genügt, zu bedenken, dass das spanische Zivilgesetzbuch der gleichen Struktur folgt wie der französische *Code civil:* Seine Bücher befassen sich jeweils mit Personen, Sachen, den verschiedenen Arten zum Erwerb von Eigentum und Verpflichtungen und Verträgen.[38] Die Rechtsausbildung ist hingegen nach dem Pandektensystem strukturiert, so dass die Lehre mit dem Allgemeinen Teil beginnt und dann über Verpflichtungen und Verträge sowie darauf folgend die dinglichen Rechte bis hin zum Familien- und Erbrecht erfolgt. Diese Diskrepanz zwischen der Struktur des *Código civil* und der Reihenfolge, in der das Zivilrecht gelehrt wird, sowie der weniger technische Charakter des *Código civil* – was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass seine Autoren keine Wissenschaftler, sondern praktische Juristen waren – haben zur Folge, dass sich die spanischen Praktiker nicht so sehr dem Gesetzbuch, sondern vielmehr der Rechtsprechung verbunden fühlen. Deshalb spielt dann auch ein Kommentar zum Gesetzestext im Vergleich zu den Zusammenstellungen von Rechtsprechung eine eher untergeordnete Rolle.

3. *Fehlende Strukturen zur Arbeitserleichterung*

Schließlich lassen sich auch arbeitsorganisatorische Gründe benennen, namentlich dass spanischen Hochschullehrern kein Mitarbeiterstab zur Verfügung steht. Dies mag kein wesentlicher Grund sein, aber jeder Beobachter des

[38] Wenn der *Code civil* drei Bücher (Personen, Sachen, verschiedene Arten zum Erwerb des Eigentums) und der spanische *Código civil* vier Bücher (Personen, Sachen, verschiedene Arten zum Erwerb des Eigentums und ein viertes Buch über Verpflichtungen und Verträge) hat, dann ist dies nur auf die Notwendigkeit zurückzuführen, die Verpflichtungen, die in Spanien nur *causa* der Eigentumsübertragung sind, von der Übereignung selbst zu unterscheiden. Das spanische Rechtssystem wie auch das österreichische, holländische und schweizerische Recht folgt dabei dem Traditions- und Kausalprinzip.

deutschen Hochschulsystems kann erkennen, dass auch die Organisation der rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Lehrstühle mit mehreren wissenschaftlichen und studentischen Mitarbeitern zum Erfolg der Kommentare in Deutschland beiträgt. Denn Kommentierungen sind, auch wenn sie als Werk eines einzelnen Autors erscheinen, oft das Ergebnis einer Arbeit, an der auch Mitarbeiter beteiligt sind. Das spanische System kennt die hingegen Figur der Assistenten nicht und nur sehr begrenzt die der mitarbeitenden Studenten. Zwar werden Doktoranden von einem Professor betreut. Die Dissertation wird aber durch ein Stipendium finanziert, so dass die Doktoranden keine Verpflichtung haben, sich der Arbeit des Lehrstuhls zu widmen. Der Professor in Spanien hat somit tatsächlich nicht genügend Unterstützung, um Arbeiten durchzuführen, die sowohl viel Zeit in Anspruch nehmen als auch eine sorgfältige Berücksichtigung der Rechtsprechung erfordern.

Zudem ist in der spanischen Rechtswissenschaft – anders als nach der deutschen Tradition – die Fortsetzung eines Kommentars durch einen Nachfolger nicht üblich. Auch das ist ein Grund, warum spanische Kommentare so wenige Auflagen erreichen und unterbrochen werden.

VII. Ergebnis

Als Ergebnis all dessen kann man sagen, dass die jüngste Geschichte des juristischen Kommentars in Spanien eine Geschichte von Erfolgen und Misserfolgen ist. Erfolge, weil die Tradition des Kommentars in Spanien sehr lebendig ist und seine Ausarbeitung eine Möglichkeit zur Vertiefung der Kenntnisse des Zivilgesetzbuches sowie heute zur Systematisierung des gesamten Zivilrechts bildet. Misserfolge, weil die juristischen Kommentare trotz allem nicht das Echo und das Ansehen erreicht haben, das sie in anderen Rechtsordnungen genießen: Sie haben wenig Nutzen für die Studenten, von denen viele ihre Existenz nicht kennen, und auch die Praktiker greifen nicht häufig auf sie zurück.

Dieser gewisse Misserfolg der Kommentare ist jedoch nicht auf ihren Mangel an technischer Qualität zurückzuführen, sondern auf Probleme, die dem Ausbildungssystem für spanische Juristen sowie der spanischen Universitätsstruktur selbst innewohnen. In diesem Sinne zeigt sich einmal mehr, dass der Erfolg der akademischen Literatur immer externe Bedingungen erfordert, die vielleicht im Falle Spaniens noch nicht ausreichend sind.

Juristische Kommentare in Lateinamerika

Behagen und Unbehagen in der Kodifikation

Jakob Fortunat Stagl[*]

Wer einen Kommentar zu einem Zivilgesetzbuch schreibt, muss, so unsere Grundvoraussetzung, dieses zwar nicht in allen seinen Details, doch aber im Großen und Ganzen akzeptieren, in ihm gewissermaßen behaglich sein, sonst wird der Autor *diese* Form nicht wählen, sondern vielmehr eine juristische Gattung aufsuchen, welche ihm erlaubt, sich von der Kodifikation so weit als möglich zu distanzieren. Dies scheint in Lateinamerika ein wesentlicher Grund dafür zu sein, ob ein bestimmtes Land eine Kultur des Kommentars hervorbringt oder nicht. Wo diese fehlt, besteht ein Unbehagen in der Kodifikation, vor allem, was die Systematik angeht; wo hingegen eine Kultur des Kommentars entwickelt wurde, fühlt man sich behaglich in der Kodifikation, was vor allem bei jüngeren Gesetzen der Fall zu sein scheint.

Jede Beschäftigung mit dem Phänomen des Kommentars in der juristischen Kultur Lateinamerikas[1] muss eine klare Zäsur gewärtigen: die Unabhängigkeit

[*] Ich danke den Professoren F. González Hoch, C. Isler Soto und H. Corral Talciani (Santiago de Chile), M. Mafra (Brasilia), J. Menabrito Paz (Ciudad de México).

[1] *H. Miller Bailey/A. P. Nasatir,* Lateinamerika. Von Iberischen Kolonialreichen zu autonomen Republiken, 1969.

der lateinamerikanischen Staaten von ihren europäischen Mutterländern Portugal und Spanien.[2] Vorher war Lateinamerika[3] geprägt von der katholischen Universalmonarchie Spaniens[4] (dem Portugal kraft Personalunion von 1580 bis 1668 angehörte), nachher von dem Versuch der freigewordenen Territorialeinheiten, Nationalstaaten im europäischen Sinne zu bilden.[5] Die koloniale Rechtskultur ist universal, die nationale partikularistisch. Beide Rechtskulturen Lateinamerikas, die universale wie die folgende nationale, haben Kodifikationen hervorgebracht. Wie diese Kodifikationen unterscheiden sich aber auch deren Kommentare fundamental, wie im Folgenden gezeigt wird.

I. Der Kommentar des *Gregorio López* zu den „Sieben Teilen" als Kulmination der kolonialen Rechtskultur

Die Kodifikation der spanischen Universalmonarchie, also des spanischen Imperiums von der Entdeckung Amerikas bis zur Unabhängigkeitsbewegung, sind die *Siete Partidas* Alfons' X. (1221–1284), auch der Weise genannt, aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts. Alfons war König von León und Kastilien sowie Fürst weiterer Territorien. Unter seiner Herrschaft blühten zu Toledo Übersetzerschulen, welche wesentlichen Verdienst daran haben, antikes, vor allem griechisches Denken dem Abendland wieder zugänglich gemacht zu haben.[6] König Alfons X. hat auch eine ebenso bedeutende wie von der rechtshistorischen Forschung vernachlässigte Kodifikation in Auftrag gegeben, die „Sieben Teile", eine Gesamtkodifikation des Rechts auf romanistisch-kanonistischer Grundlage.[7] Dieses Werk ist durch drei Elemente charakterisiert:

---

[2] *J. Delgado,* La independencia hispanoamericana, 1960.

[3] Zur lateinamerikanischen Rechtskultur finden sich bibliographische Hinweise in dem Beitrag von *A.C. Wolkmer,* Una visión crítica de la cultura jurídica en américa latina, El Foro 12 (2012), 13–19.

[4] *H. Thomas,* Rivers of Gold, 2003; *ders.,* The Golden Age: The Spanish Empire of Charles V, 2010; *ders.,* World Without End: The Global Empire of Philip II, 2014; viele Hinweise und Literatur auch in dem polemischen Buch von *M.E. Roca Barea,* Imperiofobia y leyenda negra, 2016.

[5] *T. Halperín Donghi,* Geschichte Lateinamerikas von der Unabhängigkeit bis zur Gegenwart, 1991; *M. Kaplan,* Formación del Estado Nacional en América Latina, 1983; siehe auch allgemein *C. Tünnermann Bernheim,* Identidad Latinoamericana Lente de aproximación América Latina: identidad y diversidad cultural. El aporte de las universidades al proceso integracionista, Polis: Revista Latinoamericana 18 (2007), online: <http://journals.openedition.org/polis/4122>.

[6] *A. Ballesteros Beretta,* Alfonso X el Sabio, 2. Aufl., 1984.

[7] Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso (*sic*) el nono (*sic*), nuevamente Glosadas por el Licenciado *Gregorio Lopez,* Salamanca, 1555. Alle neueren Editionen reproduzieren (mit leichten Änderungen) die von 1555. Eine kritische Ausgabe fehlt. Über das Werk

– Die *Partidas* bilden eine Totalkodifikation des Rechts, welche ihrem Anspruch nach alle Lebensgebiete regeln will;
– sie sind im Gegensatz zu anderen zeitgenössischen Kodifikationen nicht kasuistisch, sondern in allgemeingültigen Rechtssätzen formuliert, in einem Abstraktionsgrad, wie er erst im 18. Jahrhundert wieder erreicht wird;
– die *Partidas* finden sich auf der höchsten Entwicklungsstufe ihrer Zeit, ja weisen darüber hinaus: So enthalten sie eine Frührezeption von Aristoteles und der *Glossa magna.* Darüber hinaus sind sie auf Altspanisch geschrieben und nicht auf Latein.

So bedeutend die *Partidas* als geistige Schöpfung sind, so gering war ihre praktische Bedeutung – zunächst. Wie typisch für Spanien, gelang es Alfons nicht, sie in Geltung zu setzen, geschweige denn, sie als allgemeines Landrecht auf der iberischen Halbinsel zu etablieren. Die lokalen Patriotismen stemmten sich vehement gegen eine solche Rechtsvereinheitlichung, wie sie die *Partidas* möglich gemacht hätten. Ihre Autorität erlangten sie auf der iberischen Halbinsel daher mehr *imperio rationis* denn *ratione imperii.*[8]

Im Gegensatz hierzu konnte die Kodifikation in Amerika Geltung entfalten, da hier solche Partikularismen fehlten, die mittlerweile geschaffene spanische Universalmonarchie also freie Hand hatte. Die *Partidas* wurden in der Neuen Welt zum allgemeinen Landrecht.[9] Sie erlebten im Verlauf der Jahrhunderte eine Unzahl von weiteren Auflagen, bis die Königliche Akademie der Wissenschaften von Spanien zu Anfang des 19. Jahrhunderts die bislang definitive Ausgabe der *Partidas* erstellte.[10]

Nun wurden die *Partidas* jedoch nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt in die Neue Welt exportiert, d.h. vor allem der Ausgabe *Montalvos* von 1491,[11] sondern mit dem Kommentar (*glosa*)[12] des Lizenziaten *Gregorio López*

---

immer noch nützlich *F. Martínez Marina,* Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alfonso el Sabio, Madrid, 1808; 2. verbesserte Aufl., Madrid, 1834; *E. Livacíc Gazzano,* Introducción, selección, notas y glosario. Las Siete Partidas, 1982; neuere Literatur bei *J. Craddock,* The legislative works of Alfonso X, el Sabio: a critical bibliography, 1986.

[8] Siehe hierzu die Dissertation von *M. Scheppach,* Las Siete Partidas: Entstehungsgeschichte und Wirkungsgeschichte, 1991, 1 ff., welche für den deutschen Leser eine solide Einführung bietet.

[9] *B. Bravo Lira,* Vigencia de las Siete Partidas en Chile, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 10 (1986), 43–105, 43.

[10] Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio: cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, 3 Bde., Madrid, 1807.

[11] Siete Partidas con las adiciones de *Alfonso Díaz de Montalvo,* Sevilla, 1491; Nachdruck 1989.

[12] Es gibt nur die eine Ausgabe Salamanca 1555; seitdem werden die *Siete Partidas* in aller Regel mit dem Kommentar von López abgedruckt.

(1496–1560),[13] eines Mitgliedes des *Consejo de Indias,* dem höchsten Verwaltungsorgan für Amerika und die Philippinen: Die Ausgabe der *Partidas* von 1555 bilden drei stattliche Foliobände; das Verhältnis Normtext zu Kommentar ist ungefähr 3:4. Es ist davon auszugehen, dass *López* dieses Riesenwerk im Hinblick auf *las Indias* unternahm, dass also die Ausgabe von 1555 das maßgeschneiderte Recht Lateinamerikas ist. Um sich einen Begriff vom Umfang dieses Kommentars zu machen, genügt es, sich vor Augen zu halten, dass die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erschienene spanische Übersetzung der lateinisch geschriebenen Glosse zu den ersten beiden „Teilen" mehr als 2000 Oktavseiten ausmacht.[14]

Wenn man die Methode des *López'*schen Textes charakterisieren will, wäre es das Beste, von einem „Kommentar" zu sprechen, da *López* einen autoritativen Text durchgängig erläutert, ergänzt, korrigiert und an veränderte Umstände anpasst.[15] Doch diese Kategorisierung muss sich damit auseinandersetzen, dass *López* selbst sein Werk als „Glosse" bezeichnet. Der Ausdruck „Glosse" wiederum verweist auf die mittelalterliche Glossenliteratur, die bezweckte, den Text insbesondere des *Corpus iuris civilis* zu erhellen – vor dem Hintergrund, dass die Zitate der klassischen Juristen wie auch der *Codex Justinianus* in einem Latein geschrieben waren, das den *volgare italiano* sprechenden Hörern der Bologneser Schule fremd sein musste, ebenso wie in vielerlei Hinsicht der römische Kontext.[16] *López* bezieht sich demgegenüber mit den *Partidas* auf einen Text, der zu seiner Zeit gerade dreihundert Jahre alt war und sprachlich auch heute noch ohne besondere Schwierigkeiten für einen gebildeten Spanier verständlich ist, da sich das Altspanische nicht zu sehr vom Neuspanischen unterscheidet.[17] Diesen Umständen entsprechend finden sich nur wenige Begriffserläuterungen bei *López.* Vielmehr ist das Hauptanliegen *López'* den juristischen Gehalt des Haupttextes verständlich zu machen und zu erschließen und, ähnlich wie beim römischen Prätor,[18] den Text zu unterstützen, zu ergänzen und zu korrigieren.

Zur Illustration mag folgendes Beispiel dienen: die 5. *Partida,* 5. Titel, *lex* 19 über den Verkauf einer fremden Sache. Der römischen Doktrin folgend, erklären die *Partidas* den Kaufvertrag für wirksam. Glosse 83 gibt die Quel-

---

[13] *A. Rumeu de Armas,* El jurista Gregorio López, Alcalde Mayor de Guadalupe, Consejero de Indias y Editor de Las Partidas, Anuario de Historia del derecho español 63–64 (1993–94), 345–450.

[14] *D. Ordovás,* La glosa que escribió en latín Gregorio López vertida al castellano, 3 Bde., Madrid, 1878.

[15] Zum Begriff des Kommentars *D. Kästle-Lamparter,* Die Welt der Kommentare, 2016, 9 ff.

[16] Zur Glosse in ihrer Eigenschaft als Kommentar *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 15), 151 ff.

[17] *R. Penny,* A History of the Spanish Language, 1991, 1–31.

[18] Siehe D. 1,1,7,1.

len für diese Regel in den Digesten an: D. 19,1,11 und D. 19,1,13,4. In der Glosse 84 geht es zunächst um beidseitige Bösgläubigkeit, dann um die Frage, wie die Rechtslage bei einer abhanden gekommenen Sache ist. Schließlich geht es um die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht einmal den Besitz an der Sache übertragen konnte. Die Glosse 85 erklärt den insoweit unklaren Text dahin, dass es hinsichtlich der Rechtsfolgen darauf ankommt, ob der Käufer gut- oder bösgläubig ist – der Verkäufer hingegen ist insoweit irrelevant. Im Folgenden, Glosse 86, geht es um die Frage, was mit dem Kaufpreis passiert, wenn der Käufer die Sache dem Eigentümer restituiert. Offenbar soll der Verkäufer in dieser Situation den Kaufpreis behalten dürfen. Der nachstehende Halbsatz des Textes beschäftigt sich mit der Frage, ob der Vertrag wirksam ist, in welchem der Verkäufer dem bösgläubigen Käufer die Restitution des Kaufpreises verspricht, was bejaht wird (dazu Glosse 87). Zum Schluss behandeln Text und Glosse 88 den gutgläubigen Käufer: Ihm ist der Kaufpreis zu restituieren und er ist schadlos zu halten.

Was zunächst an dem Text von *López* auffällt, ist die souveräne Beherrschung des Materials und die geistige Eigenständigkeit. So heißt es an einer Stelle mit Blick auf die *Glossa ordinaria* „diga lo que quiera la glosa“ (möge die Glosse auch sagen, was sie will). Weiter finden wir in dem Kommentar zu diesem kurzen Text auf insgesamt einer guten Folioseite zitiert: Digesten und Codex, dann in alphabetischer Reihenfolge: *Baldus, Bartolus, Cino da Pistoia,* die *Glossa ordinaria, Paolo di Castro, Johannes de Platea, Rochus de Curte* (bzw. *Rocco Corte*) und *Bartolomeo da Saliceto.* Doch nicht nur die privatrechtliche Literatur ist verarbeitet, wie es der Haupttext der *Partidas* nahelegt, auch kanonistische, theologische und philosophische Literatur sind in den *López'*schen Kommentar eingegangen. So gilt *López* als der erste, der sich mit dem Denken *Francisco de Vitorias* auseinandergesetzt hat.[19] Dieser hatte sich wenig zuvor in grundlegender Weise über die Landnahme der spanischen Krone in der neuen Welt geäußert und dabei vor allem die Rechte der indigenen Bevölkerung (das Original verwendet den Begriff *barbarus* im Sinne von Heide[20]) herausgestellt[21] – auch hieran zeigt sich die Bestimmung der *López'*schen Glosse für die Neue Welt. Im Hinblick auf das intellektuelle Niveau ist das Werk von *López* daher ganz auf der Höhe der Zeit und sucht in der deutschsprachigen Rechtsliteratur seinesgleichen.[22]

---

[19] Hierzu und allgemein zum Editionswerk und dem Kommentar *Rumeu de Armas,* López (Fn. 13), 416 ff.

[20] *F. de Vitoria,* De indis (1532), in: *ders.,* Vorlesungen (Relectiones): Völkerrecht, Politik, Kirche, hg. v. U. Horst/H.-G. Justenhoven/J. Stüben, Bd. 2, 1997, 370 ff.

[21] Siehe den Forschungsüberblick mit Bibliographie in der Einleitung von *T. Duve* zu Francisco de Vitoria, De Iustitia – Über die Gerechtigkeit, hg. u. übersetzt von J. Stüben, Bd. 1, 2013, XXI–XXVIII.

[22] Hier wird dieses Niveau unseres Erachtens erst wieder mit dem Kommentar von Pfaff und Hofmann zum österreichischen ABGB erreicht: *L. Pfaff/F. Hofmann,* Commen-

II. Die fortwirkende Bedeutung des *López'*schen Kommentars in der nationalen Rechtskultur

Der Kommentar *López'* so wie die *Siete Partidas* selbst sind nach wie vor wichtig für die historische Auslegung der nationalen Rechtsordnungen Lateinamerikas, so etwa für den chilenischen *Código civil,* der sich als eine Synthetisierung der *Siete Partidas* verstehen lässt. Aufgrund seiner geistigen Kraft mag er vielleicht gar eher einschüchternd als fördernd auf die spätere Rechtsentwicklung gewirkt haben.

Doch die *Siete Partidas* waren nicht das einzige Rechtskorpus der spanischen Universalmonarchie. Auch die *Nueva Recopilación* von 1567, eine autoritative Sammlung von Gesetzestexten, und weitere iberische Rechtsquellen wurden (neben dem speziell für die amerikanischen Kolonien erlassenen Recht) zum Bestandteil des *derecho indiano,*[23] welcher das *ius commune* ergänzte und erweiterte.[24] Angespornt von den neuen Kodifikationen (bzw. Entwürfen) in Preußen, Frankreich und Österreich wurden im Jahre 1805 die *Novísima Recopilación de las Leyes de España* erlassen, die sich jedoch der überkommenen Technik der *Nueva Recopilación* bediente und daher schon zum Zeitpunkt ihres Erscheinens – methodisch – als veraltet galt.[25] Eine Kodifikation wie den *Code civil* oder das ABGB hervorzubringen hatte Spanien im *ancien régime* nicht mehr die Energie. Bis zum Schluss blieben also die alten Gesetzestexte, allen voran die *Siete Partidas,* in Kraft.

Diese Leere sollten die jungen lateinamerikanischen Sukzessionsstaaten der spanischen Universalmonarchie jedoch bald füllen. Die Unabhängigkeit der ehemaligen Kolonien hatte, anders als im anglophonen Teil Amerikas, nicht die Entstehung „Vereinigter Staaten von Lateinamerika“ zur Folge. Vielmehr entwickelten sich die ehemaligen kolonialen Verwaltungseinheiten zu souveränen Staaten und zu kulturell als eigenständig empfundenen Nationen, nicht zuletzt aufgrund ihrer jeweils verschiedenen Geographie, ihrer vorkolumbianischen Geschichte, ihrer Kolonialgeschichte und ihrer Einwan-

---

tar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 2 Bde. (mehr nicht erschienen), Wien, 1877–1887.

[23] Der Klassiker ist *Juan de Solórzano Pereyra,* Política Indiana, 2 Bde., Madrid, 1776; neuere Gesamtdarstellung bei *A. Dougnac Rodríguez,* Manual de Historia del Derecho Indiano, 1994.

[24] Hierzu *B. Bravo Lira,* La difusión del código civil de Bello en los paises de derecho castellano y portugués, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 7 (1982), 71–106, 72 ff.; hinsichtlich des brasilianischen Rechts *J. P. Schmidt,* Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive, 2009, 33 ff.

[25] *Martínez Marina,* Ensayo (Fn. 7), 439: „Vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas“; gleichwohl wurden weitere Rekapitulationen veranstaltet; dazu *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 80 f.

derungsgruppen: Argentinien beispielsweise ist durch einen fast nicht zu überschätzenden Einfluss italienischer Einwanderer und eine große jüdische Gemeinde geprägt. Im Nachbarland Chile hingegen waren Deutsche nach den Spaniern die prägende Einwanderergruppe; hinzu trat eine Förderung der Immigration katholischer Palästinenser durch die Regierung. Bereits durch die Sprache begründet waren erhebliche Differenzen zwischen Brasilien und dem spanischsprachigen Teil Lateinamerikas. Dieser Unterschied ermöglichte es, dass Brasilien, welches die Sklaverei erst 1889 abschaffte,[26] eine große afrikanischstämmige Bevölkerung hat – ein Phänomen das sich sonst nur in der Karibik findet. In Mexiko und Peru fanden die Spanier in Gestalt der Azteken und Inka Hochkulturen vor, was zum einen zur Folge hatte, dass sie dort die zwei Vizekönigtümer als Hauptverwaltungssitze einrichteten, aber auch mit sich brachte, dass die indigenen Einflüsse auf die Nationalkultur sehr viel stärker waren als beispielsweise in Argentinien und Chile, wo die Urbevölkerung noch als Jäger und Sammler organisiert war.[27]

Als sich die ehemaligen Kolonien zu Nationalstaaten entwickelten hatten, gingen sie mit unterschiedlichem Erfolg daran, sich – nach europäischem, aber auch nordamerikanischen (Louisiana[28]) Vorbild – Zivilrechtskodifikationen zu geben. In alphabetischer Reihenfolge lassen sich anführen:[29]

– Argentinien: 1869/1871,[30] 2015;
– Bolivien 1830 und 1845;[31]

[26] *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 40.

[27] Siehe hierzu die Literatur in den Fn. 1 ff. Der mexikanische Staat etwa sieht sich durchaus in Kontinuität zu den Azteken, worüber ein Blick auf seine Nationalsymbole belehrt: Der die Schlange greifende Adler war ein Zeichen des Gottes Huitzilopochtli an die Azteken, an welchem Ort sie Tenochtitlan (Mexiko) gründen sollen. Eine vergleichbare Symbolik wäre in Argentinien etwa, wo sich Hände unter einer phrygischen Mütze reichen, völlig undenkbar; und in Brasilien lautet der Wahlspruch „Ordem e progresso". Während diese Symbolik letztlich ahistorisch ist, wie *J. W. v. Goethe* es den Amerikanern anempfohlen hatte („Amerika, du hast es besser/Als unser Kontinent, das alte,/Hast keine verfallene Schlösser/Und keine Basalte./Dich stört nicht im Innern/Zu lebendiger Zeit/Unnützes Erinnern […]"), bekennen sich jene stolz zu ihrer Tradition, möge sie auch noch so fragwürdig sein – war es doch gerade auch dieser Gott, welchem die Azteken Menschenopfer darbrachten.

[28] Código civil de la Luisiana von 1825; das Recht dieses Staates ist natürlich seinerseits durch die Siete Partidas geprägt (*A. Parise,* El código civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: diseminación del texto americano mediante la inclusión en el proyecto de García Goyena, Investigaciones 6 [2009], 33–97), so dass man insoweit von einem Reimport des Kodifikationsgedankens sprechen könnte.

[29] Bedeutender Vordenker war der in Fn. 25 zitierte *Martínez Marina* mit der dort genannten Arbeit.

[30] *J. Cabral,* Historia del Código Civil Argentino, 1920, 140 ff.; *G. Borda,* Tratado de Derecho Civil: Parte General, 2008, §§ 88 ff.

[31] *A. Guzmán Brito,* Historia de la codificación civil en Iberoamérica, 2000, 307 ff.

– Brasilien: 1916/1917,[32] 2002/2003;[33]
– Chile: 1855/1857;[34]
– Dominikanische Republik: 1845;[35]
– Haiti: 1822–1825;[36]
– Honduras: 1880, 1899, 1906;[37]
– Mexico: Teilstaat Oaxaca 1827–1829,[38] Gesamtstaat: 1871 und 1874, 1932;[39]
– Panama: 1917;[40]
– Peru: Peruanisch-Bolivianische Konföderation: 1836,[41] Gesamtstaat: 1852,[42] 1936;[43]
– Venezuela: 1867, 1873, 1896, 1904, 1916 und 1922, 1942 und 1982.[44]

Von allen diesen Kodifikationen sind für Lateinamerika neben den brasilianischen besonders die von Chile und Peru aus den 1850er Jahren und von Argentinien und Mexiko aus den 1870ern bedeutend. Der intellektuell bedeutendste dürfte wohl der chilenische Zivilrechtskodex sein, ist er doch mit Abstand das am meisten rezipierte Gesetzbuch[45] und Schöpfung eines der wichtigsten Gelehrten Hispanoamerikas und der hispanischen Kultur: des Kreolen *Andrés Bello* (1781–1865).[46] Er ist Verfasser der ersten modernen

[32] *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 48 ff.

[33] *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 57 ff.

[34] *A. Guzmán Brito,* Andrés Bello Codificador, 2 Bde., 1984.

[35] *Guzmán Brito,* Historia (Fn. 31), 293 ff.

[36] *Guzmán Brito,* Historia (Fn. 31), 289 ff.

[37] *Guzmán Brito,* Historia (Fn. 31), 297 ff.

[38] *Guzmán Brito,* Historia (Fn. 31), 293 ff., 304 ff.

[39] *H. Cárdenas Villareal,* El código civil federal (origen, fundamento y constitucionalidad), Revista Mexicana de Derecho 10 (2008), 1–35.

[40] *Octavio del Moral,* El Código Civil de Bello en Panamá, Estudios Socio-Jurídicos 8 (2006) 169–179; *M. Martinic Galetovic/M. Tapia Rodríguez,* Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación, 2005, 113.

[41] *Guzmán Brito,* Historia (Fn. 31), 293 ff., 307 ff.

[42] *A. Guzmán Brito,* El tradicionalismo del código civil peruano 1852, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 23 (2001), 547–565.

[43] Hierzu *A. Alterini/C. Soto,* El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina, Derecho PUCP [Pontificia Universidad Católica del Perú] 53 (2000), 513–529.

[44] *A. José La Roche,* Derecho Civil I: Adaptado al Código Civil de 1982, 1984, 17–21; *J. Aguilar Gorrondona,* Derecho civil: personas, 1987, 21 ff.

[45] Siehe neben *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24) auch *C. Amunátegui Perelló,* Andrés Bello y el Código civil japonés, Revista Chilena de Derecho 39 (2012), 313–324; sowie auch *D. Nelle,* Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuches von Andrés Bello, 1988, 258 ff.

[46] *A. Guzmán Brito,* Vida y obra de Andrés Bello especialmente considerado como jurista, 2009, mit der wesentlichen Bibliographie.

Grammatik der kastilischen Sprache,[47] für welche die *Siete Partidas* eine Hauptquelle bildeten, eines einflussreichen Lehrbuchs des Völkerrechts[48] sowie einer Vielzahl weiterer literarischer und wissenschaftlicher Werke zu so verschiedenen Themen wie Kosmologie, Geographie und Geschichte; auch war er Freund und Lehrer *Simón Bolívars* (1783–1830).[49]

Der chilenische *Código civil* wurde von den folgenden Staaten in seiner Gesamtheit rezipiert: Kolumbien,[50] Ecuador,[51] El Salvador,[52] Panama,[53] Honduras und Nicaragua[54] sowie – zumindest dem Namen nach – Venezuela.[55] Teilweise rezipiert wurde das chilenische Gesetzbuch in: Uruguay,[56] im *Esboço de Código Civil para Brasil*[57] und im alten argentinischen Zivilgesetzbuch,[58] welches wiederum von Paraguay rezipiert wurde.[59] Einfluss hatte das chilenische Gesetzbuch auf das brasilianische (1917), portugiesische (1867) und venezolanische von 1873 und 1916,[60] auf die Kodifikationen von Guatemala (1877), Costa Rica (1888), sowie *last but not least* das spanische Bürgerliche Gesetzbuch von 1889.[61]

Der *Código civil* von Chile ist – anders, als dies vielfach zu lesen ist – keine Adaptation des französischen *Code civil,* sondern vielmehr eine Synthetisierung der *Siete Partidas*[62] (welche *Bello* zufolge „das Beste der römischen Jurisprudenz enthalten“[63]) unter Verarbeitung der damaligen europäischen

---

[47] *A. Bello,* Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los americanos, Santiago de Chile, 1847.

[48] *A. Bello,* Principios de derecho de gentes, 2. Aufl., Valparaíso, 1844.

[49] *A. Bello,* Obras completas de don Andrés Bello, Bde. 1–15, Santiago de Chile, 1881–1893.

[50] Hierzu *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 94 f. m.w.N.

[51] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 96 f. m.w.N.; *B. Cevallos Arízaga,* Historia del derecho civil ecuatoriano, Bd. 1, 1963.

[52] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 96 m.w.N.

[53] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 95 f. m.w.N.

[54] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 99 f. m.w.N.

[55] Nachweise bei *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 98 f. Bezüglich Venezuelas siehe die in Fn. 44 genannten Autoren.

[56] So *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 94 m.w.N.

[57] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 101 m.w.N.; *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 29 ff.

[58] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 103 m.w.N.; sowie die in Fn. 30 angeführte Literatur.

[59] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 103 m.w.N.; sowie *J. Castán Tobeñas,* Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, 2. Aufl., 1957, 67 f.

[60] Hierzu *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 98 f.

[61] *Bravo Lira,* Difusión (Fn. 24), 94.

[62] *Guzmán Brito,* Bello Codificador (Fn. 34), Bd. 1, 414; *A. Pardo,* Bello y las Siete Partidas, in: Homenaje a don Andrés Bello, 1982, 531–541.

[63] Zitiert nach *Guzmán Brito,* Bello Codificador (Fn. 34), 288.

Strömungen, darunter auch der Lehren *Savignys*.[64] Zieht man weiter die Verbreitung des chilenischen Zivilgesetzbuches in Betracht, sieht man, dass sich der Rechtszustand in weiten Teilen Lateinamerikas seit der spanischen Zeit nicht sehr geändert hat. So gilt eigentlich noch der *derecho patrio,* also das Recht der Kolonialzeit, nur eben nicht in der antiquierten Form der Rekompilation der originalen Gesetzestexte, sondern in der modernen Form des Zivilgesetzbuches.[65] Für gelehrte Zivilisten bleibt daher die Glosse des *Gregorio López* nach wie vor eine wichtige Auslegungshilfe. Sie ist der bedeutendste Kommentar der lateinamerikanischen Rechtskultur.[66]

III. Moderne Kommentare zu Zivilgesetzbüchern in den einzelnen Staaten Lateinamerikas

1. Chile: Das Lehrbuch als Hauptform

Das chilenische Zivilgesetzbuch wächst damit gewissermaßen wie ein großer Baum über die Grenzen des Staates, für den es geschaffen wurde, da es seine Wurzeln, die *Partidas* mit ihrem Kommentar, auch in eben den Territorien hat, in welche es hineinwächst – ein halbverstandener Import des *Code civil* aus Frankreich hätte dies niemals leisten können. Auch der Humus dieser Wurzeln, das römische Recht, bleibt so für diese Kodifikation weiter fruchtbar. *Bello* selbst schrieb darüber in Antwort auf einen Kritiker, der meinte, das Studium des römischen Rechts und der romanistischen Literatur sei überflüssig: „[…] auch die klarste und methodischste Gesetzgebung bedarf des Kommentars“ („aún la legislación más clara y metódica necesita comentario“), bestehe doch die eigentliche Schwierigkeit nicht darin, den Wortlaut der Normen zu verstehen, sondern darin „ihren Geist zu ergründen und sie trefflich anzuwenden“ („penetrarse de su espíritu y aplicarlas con acierto).[67]

Bellos Ausführungen erhellen die Funktion, welche seiner Ansicht nach das Studium des römischen Rechts im *status codificationis* hat. Es ist der Kommentar, welcher für das Verständnis des Geistes der Kodifikation (*espíritu*) unumgänglich ist: Das römische Recht, „Quelle der spanischen Gesetzgebung und ihr wichtigster Kommentar“ („fuente de la legislación

[64] Siehe neben *Guzmán Brito,* Bello Codificador (Fn. 34), 414 ff.; auch *I. Jaksic,* La passión por el orden, 2001, 221 ff., sowie *Nelle,* Chilenisches Zivilgesetzbuch (Fn. 45), 217 ff.

[65] So klar *A. Guzmán Brito,* El código civil de Chile y sus primeros intérpretes, Revista Chilena de Derecho 19 (1992), 81–88, 81.

[66] Siehe etwa *J. Barrientos Grandón,* De la presunción general de culpa por el hecho propio: a propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro „Código Civil imaginario“ (II), Revista chilena de derecho privado 13 (2009), 9–94, 52 f.

[67] Zitiert nach *Guzmán Brito,* Bello Codificador (Fn. 34), 287.

española […], es su mejor comentario). Da das römische Recht wiederum durch Literatur erschlossen werden muss und die *Siete Partidas* eine Art Breviarium desselben darstellen, welches wiederum vom *López'*schen Kommentar mit der romanistischen Literatur seiner Zeit aufbereitet wird, hat sich mit der Kodifikation im Grunde nur geändert, dass man statt der Rekompilationen jetzt ein handliches Gesetzbuch hat. Aus einer solchen Sicht, welche das römische Recht als Kommentar des geltenden Rechts begreift, besteht keine Notwendigkeit, einen Kommentar speziell zur Kodifikation zu verfassen. Denn die Kodifikation ist aus dem Geiste der Tradition geschaffen und so ist es nur die Tradition, welche den Sinn erhellen kann.[68] Anders gesagt, der einzig sinnvolle Kommentar wäre ein „historisch-kritischer".

Trotz dieser Einstellung hatte noch *Bello* selbst begonnen, den *Código civil* zu kommentieren, wie wir aus nachgelassenen Notizen wissen.[69] Der erste – unvollständige – Kommentar zum *Código civil* stammte eine halbe Generation später von *Robustiano Vera* (1844–1916). Bei diesem handelte es sich um einen sehr auf die systematische Exegese hin ausgerichteten Kommentar, der aber durchaus auch komparatistische und historische Bezüge herstellt[70] – wobei die Rechtsvergleichung, insoweit sie das eigene Recht in Frage stellt, nicht genuin vom Zweck eines Kommentars umfasst ist. Gerade aber dieser Komparatismus sollte, wie sich im Weiteren zeigen wird, ein Charakteristikum der lateinamerikanischen Kommentare werden. Das Werk *Veras* erlebte weder mehrere Auflagen noch fand es Nachahmer.[71] Stattdessen entstand eine besondere Literaturform, das „exegetische Lehrbuch", wofür *Jacinto Chacón* (1820–1893) das klassische Beispiel ist.[72] Der handbuchartige Text folgt aufs Engste der Systematik, Stoffabfolge und Terminologie des Gesetzes, welches in einem Teilband auch abgedruckt ist. *Chacón* bemüht sich vor allem darum, das Gesetz verständlich zu machen, zu welchem Behufe er auch historische

---

[68] Es wäre interessant, diese Lehre mit der „Gittertheorie" Rolf Knütels in Verbindung zu setzen, nach welcher die Kodifikation sich zum Gemeinen Recht verhält wie Gitterstäbe, durch welche das Wasser fließt: *R. Knütel,* Römisches Recht heute, in: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (Hg.), Forschungsbericht 1981–1986, Bd. 1, 1988, 124–138.

[69] Die Notizen sind abgedruckt bei *M.L. Amunátegui Reyes,* Don Andrés Bello y el Código Civil, 1885, 137–144.

[70] *R. Vera,* Código Civil de la República de Chile comentado y explicado, 7 Bde., Santiago de Chile, 1892–1897.

[71] Eher eine arrivierte Gesetzesausgabe mit gelegentlichen Anmerkungen des Verfassers denn ein Kommentar im eigentlich Sinne ist *A. Aguilera y Velasco,* Código civil de la República de Chile: (comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América), Madrid, 1881; weite Teile des Gesetzbuches werden darin überhaupt nicht kommentiert.

[72] *J. Chacón,* Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno, 3 Bde., Valparaíso, 1868–1886.

und komparatistische Ausblicke unternimmt.[73] Das Lehrbuch von *Chacón* markierte so den Übergang vom Kommentar zur eigentlichen Hauptform der chilenischen Zivilistik: dem großen Lehrbuch.

Hauptwerk der chilenischen Zivilistik wurden vor diesem Hintergrund die achtbändigen „Explicaciones de derecho civil chileno y [*sic!*] comparado" von *Luis Claro Solar* (1857–1945), zuerst veröffentlicht 1898.[74] Zwar folgt auch dieses Werk noch dem Aufbau des *Código civil,* doch emanzipiert es sich inhaltlich zusehends davon. *Claro Solar* interpretiert das Gesetzbuch *more gallico* und eröffnet damit die französische Epoche der chilenischen Jurisprudenz, was auch einen politischen Hintergrund hat, orientierten sich doch die Liberalen Chiles, eines Landes in welchem der Katholizismus bis 1925 Staatsreligion war, durchaus nach Frankreich als dem Bannerträger des Laizismus.[75] Im Werk *Claro Solars* manifestiert sich auch – zum ersten Mal – ein Unbehagen gegenüber der Kodifikation. Das Lehrbuch fungierte hier als Ventil, das es erlaubte, aus der Kodifikation auszubrechen und sich eine eigene, vermeintlich bessere, Systematik zu konstruieren. Ein Beispiel aus dem Werk *Claro Solars* mag dieses Vorgehen verdeutlichen: Der *Código* behandelt die Schenkung unter Lebenden im Dritten Buch „De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos" im 13. und letzten Titel, sozusagen als Annexmaterie des Erbrechts.[76] Obgleich die Gründe hierfür offensichtlich sind, handelt es sich doch um Fälle nicht-onerosen (unentgeltlichen) Erwerbs, kritisiert *Claro Solar* diesen Aufbau, da der Erwerb von Todes wegen auf einer universalen, der aus Schenkung hingegen auf einer singularen Sukzession beruhe.[77] Obwohl diese Argumentation etwas kurz ist, insoweit sie das Legat außer Acht lässt, macht sich *Claro Solar* hier den Standpunkt des französischen *Code civil* zu eigen, behandelt dieser doch im Dritten Buche „Des différentes manières dont on acquiert la propriété" zunächst das Erbrecht und dann die Schenkung, schließlich das gesamte Vertragsrecht. Das Unbehagen bezieht sich also weniger auf die einzelnen Entscheidungen in den Normen als auf die Systematik selbst.

Die bei *Claro Solar* angelegten Tendenzen radikalisieren sich im „Tratado de derecho civil" von *Arturo Alessandri* (1895–1970), *Manuel Somarriva* (1905–

---

[73] Ausführlich *A. Guzmán Brito,* Un jurista chileno de la segunda mitad del siglo XIX: Jacinto Chacón Barrios, in: Homenaje a los profesores Alamiro de Ávila M., Benjamin Cid Q., Hugo Hanisch E., 2005, 305–335, 328 ff.

[74] *L. Claro Solar,* Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, 8 Bde., Santiago de Chile, 1898.

[75] Siehe die Reseña biográfica der chilenischen Nationalbibliothek, online: <https://www.bcn.cl/historiapolitica/resenas_parlamentarias/wiki/Luis_Claro_Solar>.

[76] Zur Systematik *A. Guzmán Brito,* De las donaciones entre vivos: conceptos y tipos, 2005, 7 ff.

[77] *Claro Solar,* Derecho civil (Fn. 74), Bd. 7, 9.

1988) und *Antonio Vodanovic* (1916–2005).[78] Dieses Werk ist noch stärker von der französischen Lehre geprägt. *Alessandri,* der wichtigste der drei,[79] hatte lange Jahre in Paris studiert und dort 1952 die Ehrendoktorwürde erhalten.[80] Diese Verbindung zu Frankreich ist signifikant, ist doch die neuere französische Rechtskultur sehr viel mehr vom Lehrbuch als vom Kommentar geprägt.[81]

Diese Tendenz hält bis heute an, doch sind an die Stelle des französischen Rechts bzw. ihrer Autoren vielleicht die Deutschen getreten, so wie im Deliktsrechtslehrbuch von *Enrique Barros.*[82] In diesem Werk ist ersichtlich der Leitstern des französischen Rechts verblasst und an seine Stelle das deutsche Recht getreten, was aber auch zu Verwerfungen mit dem Gesetzestext führt. Beispielsweise kennt der *Código civil* von 1855 die Gefährdungshaftung nicht, was gewisse interpretatorische Künste auf den Plan ruft; historisch informierte Kritiker, wie *Javier Barrientos* haben *Barros* deshalb vorgeworfen, er schreibe über ein „imaginäres Zivilgesetzbuch"[83] – worauf noch zurückzukommen ist.

Nach den langen Jahren der Dominanz des Lehrbuchs französischer oder deutscher Inspiration bahnte sich ab den 1980ern aber eine Wende an. Markiert wird diese vor allem durch das Buch von *Alejandro Guzmán Brito* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) über die „Feststellung des Rechts" (*fijación del derecho*),[84] einem Buch, das, seiner eigenen Zeit den „Beruf zur Gesetzgebung" absprechend, die Tugenden des chilenischen *Código civil* hervorhebt und ihn damit im Kontext der Militärregierung unter General Augusto Pinochet (1915–2006) gegen Bestrebungen einer Neu-Kodifizierung imprägniert. Zu dieser Rückbesinnung auf die Geschichte gehört es auch, dass *Carlos Amunátegui* (Pontificia Universidad Católica de Chile) unlängst eine Fassung des Zivilgesetzbuchs mit Nachweisen der von *Bello* jeweils

---

[78] *A. Alessandri/M. Somarriva/A. Vodanovic,* Curso de derecho civil: basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, 4 Bde.,1939–1942. Zu diesem Werk und seiner zweifelhaften Autorschaft vgl. *H. Corral Talciani,* Del „Alessandri-Somarriva" al „Vodanovic Haklicka", online: <https://corraltalciani.wordpress.com/2018/03/04/del-alessandri-somarriva-al-vodanovic-halicka/>.

[79] Hauptwerke: De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, 1943 und De la compraventa y de la promesa de venta, 2003 (Lizentiatsarbeit aus dem Jahre 1917).

[80] Siehe Wikibello, s.v. Alessandri Rodríguez, Arturo, <https://wikibello.wiki/Alessandri_Rodr%C3%ADguez,_Arturo>.

[81] *J.-S. Borghetti,* Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?, in diesem Band, 45–60.

[82] *E. Barros,* Tratado de responsabilidad extracontractual, 2006; 2. Aufl., 2020.

[83] *Barrientos,* Presunción (Fn. 66), 9.

[84] *A. Guzmán Brito,* La fijación del derecho, 1977.

benutzten Quellen (*Corpus iuris, Code civil,* ABGB etc.) veröffentlicht hat,[85] welche zu einem historischen Kommentar hin ausgebaut werden soll. Seine unmittelbare Zielsetzung liegt also nicht darin, zur Dogmatik des chilenischen Zivilrechts beizutragen, sondern die Kodifikation wissenschaftlich zu erschließen. Dieselbe Tendenz zeigt sich in dem monumentalen historisch-kritischen Ein-Mann-Kommentar-Projekt von *Javier Barrientos,* ein in Spanien lehrender chilenischer Jurist (Universidad Complutense de Madrid).[86]

Diese neuen Tendenzen[87] ändern aber nichts an der grundsätzlichen Beobachtung, dass dem Kommentar in Chile, obwohl die Kodifikation so wichtig ist, letztlich keine Bedeutung zukommt – was man alleine schon daran sieht, dass es bislang keinen vollständigen Kommentar zum chilenischen *Código civil* gibt. Wo findet dann aber Rechtswissenschaft statt? Die Antwort ist bereits hervorgetreten: in großen Lehrbüchern und natürlich auch Monographien. Damit stellt sich die Frage, ob man das große Lehrbuch zumindest als funktionales Äquivalent des Kommentars begreifen kann. Dafür spricht bereits, dass Lehrbücher teilweise als Kommentare bezeichnet werden, wie dies etwa *Guzmán Brito* tut.[88] Anders als der Kommentar, der seiner Natur nach auf den Gesetzestext bezogen ist, und daher überall dort am Platz ist, wo man mit dem Gesetz „arbeitet", wo die Rechtsfindung stets an das Gesetz zurückgebunden ist, erlaubt es das Lehrbuch leichter, sich vom Gesetz zu emanzipieren, vor allem hinsichtlich der Systematik. Abgebildet findet sich ein solches Vorgehen im österreichischen Recht seit den Tagen *Joseph Ungers* (1828–1913),[89] der selbst bezeichnenderweise ein „System" genanntes Lehrbuch und nicht etwa einen Kommentar verfasste.[90] Hier könnte der deutsche Jurist einwenden: Aber bei uns wird doch auch in Kommentaren das Gesetz kritisiert! Freilich gilt dies eher für einzelne Entscheidungen des Gesetzes als für seine grundsätzliche Systematik. Für Lateinamerika muss man sich vor Augen halten, dass die älteren Kodifikationen der Einteilung in *per-*

---

[85] *C. Amunátegui Perelló,* Código civil de Chile: Edición anotada, concordada y con fuentes, 2019.

[86] *J. Barrientos Grandon,* El Código Civil. Su jurisprudencia e historia, Bde. 1–2, 2016.

[87] *G. Figueroa Yáñez,* Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas/Código civil y leyes complementarias, 3. Aufl., 1996, und sein Nachfolger *I. de la Maza* (Hg.), Código Civil sistematizado con jurisprudencia, 2015, gehören nicht in diese Tendenz: Es handelt sich um „Rechtsprechungskommentare", welche die Struktur des Zivilgesetzbuches als Ordnungsrahmen für die Systematisierung der Rechtsprechung verwenden. Hauptzweck dieser Form ist es, die Rechtsprechung auffindbar zu machen, nicht das Zivilgesetzbuch auszulegen.

[88] *Guzmán Brito,* Código civil de Chile (Fn. 65), 86.

[89] Vgl. *J.F. Stagl,* Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, ZEuP 15 (2007), 37–55.

[90] *J. Unger,* System des Oesterreichischen Allgemeinen Privatrechts, 3 Bde., Leipzig, 1856–1864; *A. Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 6. Aufl., 4 Teile, 1920–1925.

sonae – res – actiones folgen,[91] welche seit der Pandektistik als überholt gilt.[92] Dementsprechend sind auch die neuen Kodifikationen seit dem brasilianischen Gesetzbuch von 1916[93] *cum grano salis* nach dem Pandektensystem organisiert. In diesen Diskrepanzen des Systems wird man den Hauptgrund für das Unbehagen in der Kodifikation zu suchen haben und für die Präponderanz des Lehrbuchs, wo sich jeder „sein System macht", wie sich ein bedeutender chilenischer Zivilist, *Hernán Corral Talciani* (Universidad de los Andes, Santiago de Chile), dem Verfasser gegenüber äußerte.[94]

Ob nun das Lehrbuch dem Kommentar äquivalent ist, hängt natürlich von der jeweiligen Funktionsbestimmung ab. Im Hinblick auf die Erläuterung des Gesetzes bilden etwa das pandektistisch aufgebaute Lehrbuch *Zachariä von Lingenthals* (1812–1894) zum *Code civil*[95] oder *Joseph Ungers* (1828–1913) und dann *Armin Ehrenzweigs* (1864–1935) „System" genanntes Lehrbuch zum ABGB[96] das schiere Gegenteil eines funktionalen Äquivalents, versuchen sich diese Werke doch gerade vom Gesetzestext zu emanzipieren. Auch für Chile wird man sagen können, dass in dieser Hinsicht das Lehrbuch kein Äquivalent des Kommentars ist: Die wichtigen Lehrbücher sind nicht bestrebt, das Gesetz auszulegen, sondern es zu überwinden, vor allem im Hinblick auf die Systematik. Eine Neigung hierzu besteht vor allem wohl auch deshalb, weil die entscheidenden Akteure ihre wissenschaftliche Ausbildung im Ausland erhielten: Ein juristisches Doktorat gibt es in Chile erst seit der Jahrtausendwende.[97] Die Tendenz, fremde Rechtsgedanken nach Chile zu importieren, ist unverkennbar. Auch hier wird deutlich, dass die lateinamerikanischen Staaten durch den jeweiligen europäischen oder US-amerikanischen Einfluss auf sie charakterisiert sind. So gab es auf die chilenische Rechtskultur nach der Kodifikation einen großen Einfluss zunächst Frankreichs und dann der Vereinigten Staaten – beides keine kommentarfreundlichen Rechtskulturen. In allerjüngster Zeit nun trat ein vermehrter Einfluss deutschsprachiger Rechtskultur hinzu, was vielleicht dazu führen wird, dass der Kommentar in diesem Land eine „zweite Chance" bekommt.

---

[91] Mit lateinamerikanischem Rechtsvergleich *Nelle,* Chilenisches Zivilgesetzbuch (Fn. 45), 86 ff.

[92] *J.F. Stagl,* Das didaktische System des Gaius, ZRG (rom.) 131 (2014), 313–348 m.w.N.

[93] *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 300 ff., 331 ff.

[94] Mündliche Mitteilung vom 2.5.2019.

[95] *K.E. Zachariä von Lingenthal,* Handbuch des französischen Civilrechts, 3 Bde., 6. Aufl., Heidelberg, 1875.

[96] *A. Ehrenzweig,* System des allgemeinen österreichischen Privatrechts, 4 Teile mit Teilbd., 6. Aufl., 1920 ff.

[97] Siehe Wikipedia s.v. Doctorado en derecho en Chile, <https://es.wikipedia.org/wiki/Doctorado_en_Derecho_en_Chile>.

2. Argentinien: Ansätze zu einer Kommentarkultur

Das Hauptwerk der argentinischen Zivilistik ist im 19. Jahrhundert die „Exposición y comentario del Código Civil Argentino“ in 10 Bänden[98] von *José O. Machado* (1842–1910). Dies ist eine monographische Darstellung des Zivilrechts, orientiert an der Gesetzessystematik. In den Noten werden der Gesetzestext mit Kommentaren von *Velez-Sarsfield* (1800–1875), dem Schöpfer des argentinischen Gesetzbuches von 1871, sowie die einschlägige Judikatur in synthetischer Form angeführt.[99] Das Werk ist ein weiteres Beispiel für die schon für Chile beobachtete Übergangsform des „exegetischen Lehrbuchs“: Auf der einen Seite bleibt es dem Aufbau des Gesetzes fast sklavisch verhaftet, auf der anderen Seite stellt es das Gesetz komparatistisch in Frage.

Ähnlich wie in Chile gab es ansonsten auch in dem ungleich größeren und wirtschaftlich bedeutenderen Argentinien nur eine Reihe von Kurzkommentaren[100] zum *Código civil* von 1871. Diese Situation ändert sich erst 2004, als im Verlag Rubinzal-Culzoni die ersten Bände des zwölfbändigen Kommentars „Código civil comentado (Doctrina Jurisprudencia Bibliografía)“ erschienen.[101] Dabei handelt es sich um ein Werk, das dem heutigen Begriff des Kommentars entspricht, mit wissenschaftlichem Anspruch und der Verarbeitung von Rechtsprechung und Literatur. Herausgeber war *Ricardo Lorenzetti.*[102] Zuletzt wurde der Kommentar an die Rechtslage nach Inkrafttreten des neuen argentinischen Zivil- und Handelsgesetzbuches (2016) angepasst und um die neueste Rechtsprechung und Literatur ergänzt.[103]

Eine Sonderstellung nimmt der neue umfangreiche Kommentar[104] zum *Código Civil y Comercial de la Nación* unter Schirmherrschaft und im Verlag des argentinischen Justizministeriums ein. Da dieses Werk vor dem Inkraft-

---

[98] *J. O. Machado,* Exposición y comentario del Código Civil Argentino, 10 Bde., Buenos Aires, 1898–1903. Hierzu *M. C. Filippi/J. C. Ghirardi,* El romanismo de los primeros exégetas del código civil, Anuario de Derecho Civil. UCC [Universidad Católica de Córdoba] 3 (1997), 59–72, 65 ff.

[99] Hierzu *A. Levaggi,* El romanismo de los primeros comentaristas del código civil argentino, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 14 (1991), 137–155, 142 ff.

[100] *J. M. Guastavino,* Notas al Código Civil Argentino, 4 Bde., Buenos Aires, 1898–1900; *L. V. Segovia,* El código civil [argentino] anotado, Buenos Aires, 1894; *B. Llerena,* Concordancias y comentarios del Código civil argentino, 10 Bde., 2. Aufl., Buenos Aires, 1899–1903; siehe zu diesen Autoren *Levaggi,* Los primeros comentaristas (Fn. 99).

[101] *R. L. Lorenzetti* (Hg.), Código civil comentado, 2004–2006.

[102] Wikipedia s.v. Ricardo Lorenzetti, <https://es.wikipedia.org/wiki/Ricardo_Lorenzetti>.

[103] *R. L. Lorenzetti* (Hg.), Código civil y comercial de la Nación comentado, 12 Bde., 2014–2019; der zwölfte in drei Teilbände aufgegliederte Band trägt die Rechtsprechung nach.

[104] *G. Caramelo/S. Picasso/M. Herrera,* Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 6 Bde., 2015.

treten der Kodifikation erschien, nämlich im Jahre 2015, konnte es noch keine Judikatur hierzu aufnehmen. An Literatur wird, wenn überhaupt, nur argentinische zitiert. Insgesamt dürfte diese Kommentierung eine ähnliche Funktion erfüllen wie der *Zeiller'*sche Kommentar zum ABGB:[105] Der Staat weiß, dass das Gesetzbuch in seiner Abstraktion kaum verständlich ist und macht es mit einem halb-offiziellen Kommentar handhabbar.

Im Gegensatz zu Chile scheint sich in Argentinien also der Kommentar als juristische Form im 21. Jahrhundert durchzusetzen. Die Gründe hierfür liegen wohl zum einen in der neuen Kodifikation, welche offenbar stets eine gewisse „Kommentarbedürftigkeit"[106] nach sich zieht, zum anderen vermutlich darin, dass es in Argentinien wegen der starken italienischen Immigration, bereits seit jeher einen bedeutenden italienischen Einfluss auf das Rechtssystem[107] gibt – und Italien ist ein Land, das den Kommentar durchaus kennt.[108] Schließlich wird man ein „Behagen in der Kodifikation" in Ansatz bringen können, haben doch die Argentinier nun eine Kodifikation auf der Höhe der Zeit und damit ein attraktives Kommentierungsobjekt.

3. Brasilien: Echte Kommentarkultur

Blickt man nun auf Brasilien, so findet man zum Zivilgesetzbuch von 1916 zunächst einen autoritativen Kommentar von seinem Schöpfer *Clóvis Beviláqua* (1859–1944),[109] der in insgesamt zwölf Auflagen, fortgeführt von seinen Nachfahren, bis zum Jahre 1959 erschien.[110] Dieser Kommentar ist seiner Autorschaft entsprechend exegetisch-systematisch, enthält aber rechtsverglei-

---

[105] *F. v. Zeiller,* Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 4 Bde., Wien/Triest, 1811–1813.

[106] Der Begriff wurde von *A. Gehlen* als für die moderne Kunst charakteristisch geprägt: *ders.,* in: K.S. Rehberg *et al.* (Hg.), Zeit-Bilder und weitere kunstsoziologische Schriften, 2016, 2.

[107] *P. Lerner,* El código civil italiano de 1942 y las reformas al código civil argentino, Boletín Méxicano de derecho comparado 35 (2002), 167–195; *M.G. Losano,* Tra Uruguay e Italia. Couture e Calamadrei, due giuristi democratici nell'epoca delle dittature europee, in: M.R. Polotto/T. Keiser/T. Duve (Hg.), Derecho privado y modernización: América Latina y Europa en la primera mitad del siglo, 2018, 275–311; *V. Tau Anzoátegui,* La influencia alemana en el derecho argentino: Un programa para su estudio histórico, in: Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas = Anuario de Historia de América Latina 25 (1988), 607–634, analysiert auch den deutschen Einfluss auf Argentinien, die von ihm angeführten Beispiele sind aber eher aus einer Zeit als der Kommentar weit von seiner heutigen Bedeutung in der deutschen Rechtskultur entfernt war.

[108] *F.P. Patti,* Kommentare zum italienischen Zivilgesetzbuch: Geschichte, Struktur und Funktion, in diesem Band, 61–86.

[109] Zu ihm siehe *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 43 ff.

[110] *C. Beviláqua,* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 6 Bde., 1. Aufl., 1916; 12. Aufl. besorgt von *A. Beviláqua* und *I. Beviláqua,* 1959.

chende Hinweise und zitiert recht umfangreich rechtswissenschaftliche Literatur, auch aus dem Ausland; die Rechtsprechung hingegen wird nicht systematisch verarbeitet. Daneben gab es zum alten *Código civil* noch den stattlichen, theoretisch-analytischen Kommentar von *Carvalho Santos* (1893–1956).[111]

Wie kaum anders zu erwarten, hat ähnlich wie in Argentinien auch die Neukodifizierung des brasilianischen Rechts eine Reihe von Kommentaren hervorgebracht. Im Zuge der Neukodifizierung des brasilianischen Zivilrechts im Jahre 2003 entstand so das natürliche Bedürfnis nach Kommentaren, das auch mit entsprechenden Veröffentlichungen befriedigt werden sollte.

Auf der einen Seite sind dabei Kommentare hervorzuheben, die wie der von *Sílvio de Salvo Venosa*[112] als eher oberflächliche Kurzkommentare erscheinen. Auch ein anderer, von *Álvaro Villaça Azevedo* herausgegebener 20-bändiger Kommentar bietet keine besondere Tiefe.[113] Auf der anderen Seite steht hingegen etwa der von *Nelson Nery Júnior* und *Rosa Maria De Andrade Nery* herausgegebene, mittlerweile in der zwölften Auflage erschienene Kommentar,[114] der sich durchaus an internationalen Standards messen lassen kann, also durch präzise Erklärungen und die Verarbeitung von Literatur und Rechtsprechung charakterisiert ist. Sehr beachtlich ist auch der einbändige Kommentar von *Maria Helena Diniz,*[115] der es trotz seiner relativen Kürze von gut 1.600 Seiten schafft, die einschlägige Rechtsprechung und Literatur zu verarbeiten und die Normen in sinnvoller Art und Weise zu erklären; handwerklich handelt es sich sicher um einen der besten Kommentare auf dem Kontinent.

Somit lässt sich letztlich einzig und allein für Brasilien von einer echten Kultur des Kommentars sprechen, also davon, dass der Kommentar eine wichtige juristische Gattung ist. Nicht zuletzt zeigt sich dies darin, dass durchgehend von verschiedenen Personen Kommentare in verschiedenen Formaten geschrieben werden. Wie lässt sich diese besondere Stellung Brasiliens erklären? Brasilien ist sicher eines der weltzugewandtesten Länder Lateinamerikas. Seine Rechtskultur ist insbesondere auch von Deutschland stark geprägt.[116] Beispielhaft zeigt sich dies im Kommentar von *Bevilaqua,* der deutschsprachige Literatur und Gesetzgebung zitiert,[117] vor allem aber auch

---

[111] *J. M. Carvalho Santos,* Código civil brasileiro interpretado, 29 Bde., 6. Aufl., 1953–1954.

[112] *S. de Salvo Venosa,* Código Civil Comentado, 2. Aufl., 2011.

[113] *A. Villaça Azevedo* (Hg.), Código Civil Comentado, 2003–2009.

[114] *Nelson Nery Júnior/Rosa Maria De Andrade Nery* (Hg.), Código Civil comentado, 12. Aufl., 2017.

[115] *Maria Helena Diniz,* Código Civil Anotado, 18. Aufl., 2017.

[116] Grundlegend *O. Luiz Rodrigues,* A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX, O Direito 147 (2015), 45–110.

[117] S. etwa *R. M. Fonseca,* A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil, Revista da Faculdade de Direito UFPR [Universidade Federal do Paraná] 44 (2006),

bei *Augusto Teixeira de Freitas* (1816–1893) in seinem Werk „Consolidação das Leis Civis".[118] Vielleicht sind die Brasilianer es, die am ehesten Behagen in ihrer Kodifikation empfinden. Darüber darf man aber nicht vergessen, dass die wohl wichtigsten Werke der brasilianischen Zivilistik keine Kommentare sind, sondern ein Handbuch, der monumentale 60-bändige „Tratado de Direito Privado" von *Pontes de Miranda* (1892–1979),[119] und ein Lehrbuch, nämlich die „Instituições de Direito Civil" in sechs Bänden von *Caio Mário da Silva Pereira* (1913–2004),[120] dessen Teilbände zwischen 13 und 23 Auflagen erlebt haben.[121]

4. Ecuador

Ecuador übernahm 1857, also bereits kurz nach seinem Inkrafttreten, den chilenischen Zivilrechtskodex. Zu Anfang des 20. Jahrhunderts widmete *Luis Felipe Borja* (1845–1912)[122] ihm einen sehr ausführlichen und daher auch unvollendet gebliebenen Kommentar,[123] bei dem es sich trotz seines fragmentarischen Charakters um eine bedeutende juristische Leistung handelt – die aber, wie so oft auf diesem Kontinent, ein Solitär blieb und die Rechtskultur nicht maßgeblich beeinflusste: *Borja* wird z.B. in Chile kaum zur Kenntnis genommen.

5. Kolumbien

Auch Kolumbien hatte weitgehend den chilenischen *Código civil* übernommen. Es gibt zu diesem Gesetz einige Kurzkommentare,[124], vor allem den des Verlages LEGIS[125] im Stile eines Leitsatzkommentares. Diese Kurzkommen-

---

61–76; *A. Peixoto de Souza,* Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira, in: R.M. Fonseca (Hg.), Nova História Brasileira do Direito. Ferramentas e Artesanias, 2012, 55–81.

[118] *A. Teixeira de Freitas,* Consolidação das Leis Civis, Rio de Janeiro, 1857. Hierzu ausführlich *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 332 ff.

[119] *F.C. Pontes de Miranda,* Tratado de Direito Privado, 1954–1970.

[120] *C.M. da Silva Pereira,* Instituições de Direito Civil, 1. Aufl., 1961–1974. Siehe den Nachruf von *J.B. Villela* in der Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais 44 (2004), 9–12; siehe auch *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 24), 62 m.w.N.

[121] Siehe die Übersicht auf Wikipedia s.v. Instituições de Direito Civil, <https://pt.wikipedia.org/wiki/Instituições_de_Direito_Civil>.

[122] Über seine Person: *R. Pérez Pimentel,* Diccionario Biográfico Ecuador, Bd. 4, s.v. Luis Felipe Borja Pérez, online: <http://www.diccionariobiograficoecuador.com/tomos/tomo4/b3.htm>.

[123] *L.F. Borja,* Estudios sobre el Código civil chileno, 3 Bde., 1907–1908.

[124] *H. Valencia Restrepo,* Código Civil concordado y comentado, 6. Aufl., 2007; *H. Abel Torrado,* Código civil: anotado y concordado, citas legales y jurisprudenciales, 2011.

[125] *LEGIS Editores* (Hg.), Código Básico Civil, 44. Aufl., 2020.

tare sind aber ein relativ rezentes Phänomen; traditionell gibt es keine Kommentare, sondern vielmehr große Lehrbücher – verwirrenderweise werden einige von diesen freilich als „comentarios“ bezeichnet.[126] In ihrem historischen Überblick über die zivilistische Literatur Kolumbiens berichtet *Jamarillo* von vier Zivilrechtslehrbüchern an der Wende zum 20. Jahrhundert: Auf der einen Seite stehen *Uribe/Champeau*[127] sowie *Rodríguez,*[128] auf der anderen Seite *Vélez*[129] und *Anzola*[130]: Während jene es für ihre Aufgabe halten, spanisches und französisches Gedankengut über ihr Lehrbuch nach Kolumbien zu transportieren und so das Recht zu transformieren, sehen diese es als ihre Aufgabe an, die nationale Kodifikation (eine Adaptation des chilenischen Zivilgesetzbuches) auszulegen[131]. Es wird nicht Wunder nehmen, dass *Uribe* und *Champeau* das Gesetzbuch als ein landesfremdes, artifizielles Konstrukt bewerten,[132] während *Vélez* und *Anzola* dem *Código civil* Respekt entgegenbringen. Es ist offensichtlich, dass die Geringschätzung der eigenen Kodifikation nicht zu einem Kommentar führen kann, sondern immer die Freiheit des Lehrbuchs bevorzugen wird, von welcher Position aus die heimische Kodifikation kritisiert wird.

6. Mexiko

In Mexiko, einem kulturell besonders stark mit Spanien, aber auch den Vereinigten Staaten verbundenen Land, finden wir wiederum nur zwei ziemlich oberflächliche Kommentare zur Zivilrechtskodifikation.[133] Eine Erklärung hierfür mag, zumindest teilweise, die Präponderanz des *constitucionalismo* bieten, eine Art Konsumierung des privaten im öffentlichen Recht.[134] Dem-

---

[126] Mit sehr gründlicher Bibliographie *I.C. Jaramillo,* Derecho y familia en Colombia: Historias de raza, género y propiedad (1540–1980), 2013, 239 ff.

[127] *A.J. Uribe/E. Champeau,* Tratado de derecho civil colombiano, Bd. 1, Paris, 1899.

[128] *E. Rodríguez Piñeres,* Curso elemental de derecho civil colombiano, 1919.

[129] *F. Vélez,* Estudio sobre el derecho civil colombiano, Bd. 1, 1898.

[130] *N. Anzola,* Lecciones elementales de derecho civil colombiano, 1918.

[131] Zu Anzola siehe *Jamarillo,* Derecho (Fn. 126), 246; *Vélez,* Estudio (Fn. 129), II.

[132] *Uribe/Champeau,* Tratado (Fn. 127), X; *Rodriguez,* Curso (Fn. 128), 4, beschränkt sich im Wesentlichen darauf, *Planiol* abzuschreiben, einen der großen Klassiker der französischen Lehrbuchliteratur: *M. Planiol,* Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel, 3 Bde., 1 Aufl., 1900–1901; 10. Aufl. mit *G. Ripert,* 1928–1932.

[133] *Universidad Nacional Autónoma de México* (Hg.), Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal comentado, 2. Aufl., 5 Bde., 1987–1988; *dies.* (Hg.), Código Civil federal comentado, 2013 ff.

[134] Hierzu m.w.N. *J.C. Cassagne,* El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico, Thémis: Revista de derecho 69 (2016), 219–241.

entsprechend gibt es bedeutende Kommentare (nur) zur mexikanischen Verfassung von 1917.[135]

7. Peru

In Peru schließlich findet sich mit dem Kommentar zum peruanischen *Código civil* von *Gutierrez Camacho* ein auffallend guter zehnbändiger Kommentar.[136] Wie in Argentinien gibt es auch in Peru einen starken, wesentlich auf Immigration zurückzuführenden[137] italienischen Einfluss, vor allem des *Codice civile* von 1942.[138] Weniger glücklich ist allerdings die Methode: Aufbereitet wird zuerst die wissenschaftliche Lehre zu jeder Vorschrift, anschließend wird einschlägige Judikatur dargestellt. Hinsichtlich der theoretischen Aufarbeitung fällt auf, dass sie bestrebt ist, sich rechtsvergleichend, unter Zitaten von Literatur aus dem *common law,* Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien, abzusichern und nicht danach trachtet den „Geist" (im Sinne *Bellos*) der Kodifikation zu erforschen. Das Gesetzbuch erscheint also auch hier weniger als unmittelbares Objekt der Kommentierung, als das Ziel geistiger Anstrengung, sondern eher als Ordnungsrahmen für die stark aus dem Ausland gespeiste juristische Diskussion. Auch in Peru löst sich der Kommentar daher letztlich ins Lehrbuchhafte auf oder nähert sich der bereits schon mehrfach angesprochenen Übergangsform des „exegetischen Lehrbuchs" an, der man auch den „institutionellen Kommentar" zur Seite stellen kann, also solche Kommentare, denen es letztlich um Institutionen des Zivilrechts zu tun ist, welche gewissermaßen bei Gelegenheit des jeweiligen Zivilgesetzbuches erörtert werden.

IV. Novellierung statt Kommentierung

Wenn man den chilenischen *Código civil* seiner geistigen Höhe und seiner Ausstrahlung wegen als die wichtigste Kodifikation Lateinamerikas ansieht, worin wohl unbefangene Beobachter übereinstimmen werden, muss man verwundert feststellen, dass gerade diese Kodifikation nicht eigentlich kommentiert wird – obwohl mit der Glosse des *Gregorio López* ein bedeutendes Beispiel für diese Form vorgelegen hätte.

---

[135] *J.R. Cossío Díaz* (Hg.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 3 Bde., 2017.

[136] *W.F. Gutierrez Camacho,* Código civil comentado por los 100 mejores especialistas, 10 Bde., 2003 ff.

[137] Zu dieser *L. Favero/G. Tassello,* Cent'anni di emigrazione italiana (1876–1976), 1978.

[138] *J. Espinoza Espinoza,* La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil, Derecho PUCP 56 (2003), 733–757.

Auch wenn man auf diejenigen Länder Südamerikas blickt, die im Gegensatz zu Chile mehr oder weniger eine Kultur des Kommentars entwickelt haben, nämlich Argentinien und vor allem Brasilien, ist es erstaunlich, dass gerade diese beiden Länder sich zu Anfang des 21. Jahrhunderts neue Zivilrechtskodifikationen gegeben haben, obwohl die Vorgängerkodifikationen in hohem Rufe gestanden hatten und Beispiele wie Frankreich und Österreich doch lehren, dass man lange mit einer überkommenen Kodifikation leben kann, wenn man sie denn durchgängig wissenschaftlich bearbeitet.

Trotz der aufgeführten Beispiele scheint uns daher in der Gesamtschau der Kommentar in Lateinamerika keine florierende Form zu sein. Als Hauptform kann nur das große Lehrbuch angesehen werden, das jedoch kein vollständiges funktionales Äquivalent des Kommentars bildet; denn das Lehrbuch distanziert sich der Tendenz nach vom Gesetz, während der Kommentar auf das Gesetz hinführt. Haben nun die fehlende Verankerung von Kommentaren in der Rechtskultur einerseits und die Präsenz bedeutender Lehrbücher in Südamerika andererseits etwas mit einer tief verwurzelten Haltung dem Gesetz gegenüber zu tun? Eine Haltung, die sich dann in einem Drang zur Neukodifizierung und Novellierung niederschlägt?

Einen Schlüssel zur Beantwortung dieser Fragen finden wir in einer Beobachtung *Salvador de Madariagas* (1886–1976), dem bedeutenden spanischen Staatsmann und Schriftsteller liberaler Gesinnung. Er zieht in seinem zum Klassiker gewordenen „Versuch über Spanien“[139] einen Vergleich zwischen der Diktatur Mussolinis und Primo de Riveras (1870–1930) in den 1920er Jahren:

„Hier können wir den fundamentalen Unterschied festhalten, welcher den Faschismus von der spanischen Diktatur trennt. Der ‚Duce‘ als echter Staatsmann, d.h. als von einem Intellekt gesteuerter Wille, erkannte die Bedeutung des Gesetzes. Er änderte, selbstverständlich, die Gesetzgebung, um sie an seine Staatsauffassung anzupassen, aber er wandte das Gesetz an. Der spanische Diktator hingegen, ein als Staatsmann verkleideter Feldwebel, äußerte seine Befehle nach links und rechts, ohne dem Gesetz die mindeste Beachtung zu schenken. *In der Schlichtheit seines Gemüts war der Diktator derjenige, der die Befehle diktiert, und das Gesetz ein lästiges Buch für die Rechtskrämer*“.[140]

---

[139] *S. de Madariaga,* España. Ensayo de historia contemporánea, 14. Aufl., 1979, 290: „Apuntemos aquí la profunda diferencia que separa al fascismo de la dictadura española. El Duce, verdadero estadista, es decir, voluntad guiada por un intelecto, vio la importancia de la ley. Cambió, desde luego, el cuerpo de la ley para adaptarla a su concepto del Estado, pero aplicó la ley. El dictador español, sargento disfrazado de estadista, vociferaba sus órdenes a derecha e izquierda sin la menor consideración para con la ley. En la sencillez de su espíritu, el dictador era el que dicta órdenes y la ley un libro engorroso bueno para los leguleyos“.

[140] Hervorhebung J.F.S.

Diese Haltung zum Gesetz ist nichts Zufälliges, wurden doch alle[141] erwähnten lateinamerikanischen Länder im 19. Jahrhundert, auch Brasilien, mehr oder minder autokratisch regiert, sei es von einem *caudillo,* sei es von einer *junta.* Zugleich sind alle diese Länder mit eben derjenigen Tradition verbunden, welche in Spanien Primo de Rivera hervorgebracht hat, der vorletzte in einer langen Reihe von regierenden Generälen. In Lateinamerika wiederum musste die von *Madariaga* angesprochene Haltung dem Gesetz gegenüber noch stärker sein, wurden diese Länder doch von Vizekönigen und Gouverneuren nach militärischer Manier verwaltet: Das Zentrum einer traditionellen lateinamerikanischen Stadt ist der Exerzierplatz (*plaza de armas*), um welchen Kirche und Verwaltungsgebäude angeordnet sind.[142] Offenbar bildete sich so eine Tradition, der sogenannte *Caudillismo,*[143] in welcher das Gesetz eher ein Ornament ist und daher im eigentlichen Sinn auch nicht des Kommentars bedarf.

Gestützt wird eine solche Betrachtung dadurch, dass die Lehrbuchliteratur sich in bester naturrechtlicher Manier das ideale Recht erfindet – sei es im Rekurs auf die französische oder die deutsche Rechtstradition. Hierzu passt auch, dass die Rechtstheorie, welche an den katholischen Universitäten betrieben wird, klar thomistisch ist, also offen naturrechtlich,[144] während diejenige, welche an staatlichen Universitäten gelehrt wird, dem Worte nach zwar streng positivistisch ist;[145] dies führt aber kaum zu abweichenden Ergebnissen: Wenn man das Gesetz von Haus aus nicht so ernst nimmt, dann kann man auch seine Befolgung vehement fordern, ohne dabei den Nachteil methodischer Inkonsequenz zu gewärtigen.

Schließlich fügt sich nun auch der Komparatismus zwanglos ein, geht es doch offensichtlich darum, sich zu vergewissern, dass man mit anderen Kulturstaaten auf einer Linie ist. Hierzu gehört auch, was man den lateinamerikanischen Eklektizismus nennen könnte:[146] In jeder Generation scheint sich die lateinamerikanische Rechtswissenschaft nach einem neuen Land als Quelle der juristischen Inspiration zu richten, doch nicht nur das: Innerhalb jeder

---

[141] Chile behauptet möglicherweise, bis 1973 zumindest, eine Ausnahmestellung. Siehe hierzu den Klassiker von *A. Edwards Vives,* La fronda aristocrática en Chile, 1928.

[142] So in (Santafé de) Bogotá (*Plaza de Bolívar*), Buenos Aires (*Plaza de Mayo*), Lima (*Plaza Mayor* oder *de Armas*), Mexiko-Stadt (*Zócalo*), Quito (*Plaza de la Indepencia*), Santiago de Chile (*Plaza de Armas*); siehe *M.A. Rojas,* La plaza mayor: El urbanismo, instrumento de dominio colonial, 1978.

[143] *P. Castra,* El caudillismo en América Latina, ayer y hoy, Política y Cultura 27 (2007), 9–29; *P. Cotés,* Los caudillos, 2009.

[144] *R. Madrid Ramírez,* Rafael Fernández Concha y el iusnaturalismo tomista en Chile, Revista Chilena de Derecho 33 (2006), 5–15; *S. Vidal Muñoz,* Apuntes sobre la filosofía en Chile, (tirada aparte de Cursos y Conferencias, Nº 272, marzo de 1956), 1956, 18 ff.

[145] Exemplarisch das weitverbreitete Lehrbuch von *A. Squella,* Introducción al derecho, edición digital, 2014.

[146] Zu diesem Phänomen instruktiv *O. Ianni,* El laberinto latinoamericano, Revista latinoamericana de economía 24 (1993), 81–101, 94 ff.

Juristengeneration gibt es „Chicago Boys" (US-amerikanisch geprägte liberale Technokraten und Justizpolitiker),[147] Germanophile, Frankophile, Anglophile, Italianophile, Hispanophile (wohinter sich wiederum vielfältige europäische Einflüsse verbergen können, je nach dem, was in Spanien gerade *en vogue* ist)[148] und so weiter, die sich mit aus verschiedenen Ländern zu verschiedenen Epochen importierten Gesetzen befassen.

Nach alledem kommt dem Gesetz im lateinamerikanischen Staat also eine überwiegend repräsentative Funktion zu. Es repräsentiert das Bekenntnis zum *estado de derecho,* zur *democracia* und zum *progeso,*[149] aber es repräsentiert nur, stellt nur dar – was nicht bedeutet, dass es auch *ist,* dass es wirklich angewandt wird. Und diese letztlich repräsentative Funktion des Gesetzes ist es auch, die offenbar den Grund für die geradezu manische Neigung der lateinamerikanischen Staaten bildet, sich neue Zivilgesetzbücher zu geben, vor allem aber Verfassungen, welche im Schnitt in jeder Generation neu beschlossen werden – davon zeugt auch die Verfassungskrise in Chile in den Jahren 2019 und 2020.[150] Gilt das nicht gelebte, das leblose Gesetz so nicht als *fons omnis publici privatique iuris,*[151] wie die Römer über die 1000 Jahre in Geltung stehenden Zwölf Tafeln sagten, dann scheint hieraus die Notwendigkeit zu folgen, sich mit einem möglichst modernen Gesetz zu schmücken. Folge ist die permanente Kodifikation. Dieser Kodifikationismus scheint uns das funktionale Äquivalent des fehlenden Kommentars zu sein: Wo kein Kommentar, keine lebendige Fortentwicklung des Rechts, und wo diese fehlt, werden die Kodifikationen schnell überholt. Abhilfe muss also über eine Neukodifikation geschaffen werden.

---

[147] Hierzu *K. Fischer,* The Influence of Neoliberals in Chile before, during, and after Pinochet, in: P. Mirowski/D. Plehwe (Hg.), The Road from Mont Pèlerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective, 2009, 305–346; *C. Huneeus,* Tecnócratas y políticos en un régimen autoritario: Los „Odeplan Boys" y los „Gremialistas" en el Chile de Pinochet, Revista Ciencia Política 19 (1998), 125–158. „Odeplan" ist ein Akronym für die von 1967 bis 1990 existierende *Oficina de Planificación Nacional,* eine Stabsstelle, in welcher viele dieser neoliberalen Technokraten tätig waren. „Gremialismo" bezeichnet im Wesentlichen ständestaatliche Ideen, wie sie etwa unter General Franco in Spanien implementiert waren; grundlegend die Broschüre von *Jaime Guzmán Errázuriz,* dem Schöpfer aktuellen chilenischen Verfassung: El Gremialismo y su postura universitaria en 36 preguntas y respuestas, 1966, Neudruck 2013.

[148] So z.B. im Falle von A. Morales Moreno, welcher über Spanien wesentlich zur Verbreitung Rabel'schen Gedankenguts in Lateinamerika beiträgt; siehe die Beiträge in *A. Vidal* (Hg.), Estudios de derecho de contratos: En Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno, 2018.

[149] „Ordem e Progresso" ist der Wahlspruch von Brasilien.

[150] Hierzu der Verfassungsrechtler der Universidad de Chile *R. Letelier,* Chile: la necesidad del cambio constitucional, El País vom 14.1.2020, der die aktuelle chilenische Verfassung als Umsetzung des Programms der „Chicago Boys" interpretiert und hieraus ein Argument zugunsten von deren Abschaffung herleitet.

[151] Livius 3,34,6.

Dieser Stellenwert des Gesetzes setzt sich nicht zuletzt auch in der Methodenlehre fort. Vorrang erlangt so die wörtliche Auslegung, wobei man nicht wüsste, ob der lateinamerikanische Kodifikationismus Grund oder Wirkung hiervon ist, da „auch hier, wie bei allen geschichtlichen Erscheinungen, die Ursache zugleich Wirkung, [die] Wirkung zugleich Ursache“ ist, wie *Bechmann* in anderem Zusammenhang sagte.[152] Wenig überraschend enthält etwa der chilenische *Código civil* einen eigenen Abschnitt über die Auslegung, beginnend mit Art. 19:

Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Wenn der Sinn des Gesetzes klar ist, dann ist es nicht angängig, den Wortlaut unter dem Vorwand zu vernachlässigen, dass man seinen Sinn erforsche. Doch kann eine dunkle Stelle des Gesetzes unter Rückgriff auf seinen Zweck oder Geist erklärt werden, soweit dieser sich im Gesetz selbst oder in der zuverlässig belegten Gesetzgebungsgeschichte klar äußert.

Art. 19 verbietet unmissverständlich die historisch-teleologische Auslegung, wenn der Gesetzeswortlaut eindeutig ist. Nur dort, wo er mehrdeutig ist, kann auf die historisch-teleologische Auslegung rekurrieren, soweit diese sich klar aus der Vorschrift selbst oder aus ihrer Gesetzgebungsgeschichte ergibt. Weitere folgende, hier nicht wiedergegebene Vorschriften konkretisieren die Wortlautauslegung, die systematische Auslegung und die *benigna interpretatio;* der Abschnitt schließt mit dem folgenden Art. 24:

En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes obscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

In denjenigen Fällen, in welchen die vorstehenden Auslegungsregeln nicht zur Anwendung kommen, sind die dunklen oder widersprüchlichen Stellen in der Weise auszulegen, die am besten dem allgemeinen Geist der Gesetzgebung oder der natürlichen Billigkeit entspricht.

Wenn die vorstehenden Auslegungsregeln, Wortlaut, Geschichte, Systematik, zu keinem vernünftigen Ergebnis führen, dann, erst dann sei die unklare oder widersprüchliche Passage so auszulegen, wie es am besten dem „allgemeinen Geist“ und der „natürlichen Billigkeit“ des Gesetzes entspreche. Das Gesetz, d.h. *Bello,* wird man daher wohl so zu verstehen haben, dass die echte historische Auslegung unter Rekurs auf die Rechtsgeschichte und allgemeine Gerechtigkeitserwägungen (objektiv teleologische Auslegung) die *ultima ratio* der Rechtsanwendung darstellen und es im Übrigen einen klaren Vorrang der Wortlautauslegung gibt.

[152] *A. Bechmann,* Das römische Dotalrecht, Bd. 1, Erlangen, 1863, 38.

Manifest wird eine solche Haltung etwa am Beispiel der Gefährdungshaftung in Chile. Die Gefährdungshaftung ist zwar ein Gedanke, welcher *Andrés Bello* in dieser Abstraktheit nicht geläufig war, doch findet sich zumindest ein möglicher Anknüpfungspunkt im Gesetz: Neben der deliktischen Generalklausel in Art. 2314[153] enthält der *Código civil* eine zweite generalklauselartige Vorschrift:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta ...	Im Allgemeinen gilt, dass jeder Schaden der einer anderen Person wegen Vorsatzes oder Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, von dieser ersetzt werden muss …

Ein Teil der chilenischen Lehre, allen voran *Barros* in seinem Deliktsrechtslehrbuch, interpretieren diese Vorschrift in Richtung einer Verschuldensvermutung für schädigendes Verhalten, um so im Weiteren aus ihr die Gefährdungshaftung deduzieren zu können.[154] Mit großer Schärfe kritisiert *Javier Barrientos* dieses Vorgehen: Man erschaffe sich auf diese Weise ein „imaginäres Gesetzbuch", da die genannte Vorschrift eine zweite Generalklausel sei, welche von der allgemeinen nicht umschlossene Tatbestände erfasse.[155] Blickt man vor diesem Hintergrund auf das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch und berücksichtigt, wie weit sich vor der Schuldrechtsreform die Auslegung des BGB von seinem Wortlaut entfernt hatte, muss einen die Vehemenz dieser Attacke in Erstaunen versetzen, doch steht sie in einer Linie mit den vorstehenden Betrachtungen: Eine solche Haltung macht es schlicht unmöglich, ein Gesetzbuch durch Auslegung an veränderte Umstände anzupassen.

In dieser Kontroverse zeigen sich so zwei Grundstimmungen der Kodifikation gegenüber: Auf der einen Seite ein Unbehagen gegenüber der Kodifikation, das dazu führen mag, sie als solche zu vernachlässigen und Lehrbücher zu schreiben, bei welchen man, überspitzt gesagt, nicht genau weiß, zu welchem Recht sie eigentlich verfasst sind. Zugleich kann jedoch auch, und bezeichnenderweise gerade in Chile, ein Behagen der Kodifikation gegenüber dazu führen, dass diese nicht einfach als praktisch unbedeutsames Monument beiseite gelassen wird, sondern man sich darum bemüht, sie wirklich wissenschaftlich zu erforschen und dabei bereit ist, der historischen Wahrhaftigkeit die „Notwendigkeiten des Lebens" zu opfern.

Eine Zusammenfassung mag schließlich kurz ausfallen. In Lateinamerika finden wir einerseits komparatistisch geprägte Bearbeitungen, die das Gesetz selbst eher stiefmütterlich behandeln, und eine Präponderanz des Lehrbuchs, welches letztlich dazu dient, Naturrecht zu treiben; die Kehrseite hiervon

[153] „El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

[154] *Barros,* Responsabilidad extracontractual (Fn. 82), 147 ff.

[155] *Barrientos,* Presunción (Fn. 66), 9.

bildet der lateinamerikanische Kodifikationismus. Diese Haltung ist dem Kommentar zweifelsohne nicht hold. In einigen Ländern aber, vor allem Chile, findet eine Rückbesinnung auf den Wert und die Tiefe der eigenen Kodifikation statt, was zum ersten Mal eine wissenschaftliche Kommentierung der Kodifikation – nicht des Rechts – nach sich zieht. Ob dies Behagen in der Kodifikation Ausdruck einer allgemeinen Stimmung ist oder eher einer kleinen Elite, das muss die Zukunft weisen.

Entwicklung und Stellenwert juristischer Kommentare in Japan

Literaturformen als Spiegel juristischer Denkweise

Fumihiro Nagano

I. Einführung

Ein Charakteristikum der japanischen Rechtswissenschaft besteht darin, dass man innerhalb der einzelnen Disziplinen häufig verschiedene ausländische Rechtsordnungen vergleichend in den Blick nimmt und gegebenenfalls einzelne Theorieelemente aus diesen Rechtsordnungen übernimmt,[1] während

[1] Dies gilt insbesondere für das Zivilrecht, wo besonders häufig das deutsche und französische Recht sowie das *common law,* manchmal aber auch das österreichische, niederländische oder italienische Recht herangezogen werden. Es gibt jedoch auch Ausnahmen; beispielsweise ist das Strafrecht so stark vom deutschen Recht geprägt, dass die Literatur dem Inhalt nach (zumindest im Rahmen des Allgemeinen Teils) von der deutschen kaum zu unterscheiden ist. Auch im Gesellschaftsrecht war früher der deutsche Einfluss sehr

zwischen den verschiedenen Disziplinen kaum Austausch stattfindet.[2] In diesem Sinne ist die japanische Rechtswissenschaft zwar international, aber leider nicht interdisziplinär.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass es in Japan, soweit ersichtlich, keine Arbeiten[3] gibt, die Kommentare als eine Literaturform fächerübergreifend einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung unterziehen. Eine nähere Beschäftigung damit bringt jedoch ein durchaus interessantes Phänomen zu Tage, nämlich dass sich die Denkweise der Juristen in den jeweiligen Literaturformen widerspiegelt, was im Folgenden näher zu zeigen versucht wird.

II. Entwicklung der juristischen Kommentare in Japan

Juristische Kommentare haben in Japan keine sehr lange Geschichte. Eine nachhaltige Verbreitung finden sie erst seit der Nachkriegszeit, wie unten näher zu zeigen sein wird. Und doch sind ihre Entwicklungslinien aus rechtsvergleichender Sicht gewiss nicht uninteressant. Deshalb widmet sich dieser Abschnitt der Untersuchung dieser Entwicklung.

1. Anfangszeit

a) Erlass verschiedener Gesetze

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurden in Japan nach dem Vorbild der westlichen Rechtsordnungen verschiedene Gesetze erlassen.[4] Dabei griff der Gesetzgeber jeweils auf die Modelle und Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen zurück. Insbesondere beim Zivilgesetz berücksichtigte man verschiedene damals zur Verfügung stehende ausländische Gesetzbücher, vor

---

stark, in letzter Zeit beschäftigt sich die Literatur jedoch fast ausschließlich mit dem amerikanischen Recht.

[2] Hintergrund (oder vielleicht Ergebnis) davon ist, dass die meisten japanischen Rechtswissenschaftler im Gegensatz zu den deutschen sich nur mit einem (relativ engen) Fachgebiet beschäftigen.

[3] Vergleichbar etwa *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2016.

[4] Das Zivilgesetz wurde 1896 (Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Schuldrecht) bzw. 1898 (Familienrecht, Erbrecht) erlassen und trat 1898 in Kraft. Die Verfassung (sogenannte Meiji-Verfassung) wurde 1889 erlassen und trat 1890 in Kraft. Das Strafgesetz wurde 1907 erlassen und trat 1908 in Kraft. Hintergrund dieser raschen Gesetzgebung war der Wunsch der damaligen Regierung nach der Revision der „ungleichen Verträge" mit den westlichen Ländern, in dessen Rahmen sich Japan gezwungen sah, eine „moderne" gesellschaftliche Ordnung zu etablieren. Zum Ganzen vgl. *H. Baum/M. Bälz,* Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: dies. (Hg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, 1–30, 6 ff.; *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre in Japan, RabelsZ 83 (2019), 361–397, 363 f.; ausführlicher *W. Röhl* (Hg.). History of Law in Japan since 1868, 2005.

allem den französischen *Code civil* sowie den ersten und zweiten Entwurf des deutschen BGB, und auch das *common law.* Einer der Verfasser pries das Zivilgesetz mit Stolz als „a fruit of comparative jurisprudence“.[5]

b) Erste Kommentare

In der Zeit kurz nach Erlass dieser Gesetze entstanden zunächst nur sehr wenige Kommentare. Nennenswert sind diejenigen von *Kenjirō Ume*[6] sowie *Santarō Okamatsu*[7] zum Zivilgesetz und der Kommentar von *Tatsukichi Minobe*[8] zur Verfassung. Die Besonderheit der Kommentare dieser Zeit besteht zum einen darin, dass sie jeweils von einem einzigen Autor geschrieben sind.[9] Zum anderen ist ihre Methode dabei mehr oder weniger exegetisch.[10] Beides lässt sich wohl letztendlich darauf zurückführen, dass die japanische Rechtswissenschaft damals noch nicht weit entwickelt war: Die Zahl der Rechtswissenschaftler überhaupt war zu gering, als dass mehrere Professoren gemeinsam an einen Kommentar hätten arbeiten können. Auch die Rechtsmaterialien (Rechtsprechung oder Literaturmeinungen) waren noch nicht sehr umfangreich, so dass als Methode nur die exegetische Herangehensweise in Betracht kam.[11] Außerdem war man sich offenbar der Besonderheit von Kommentaren als Literaturform nicht ganz bewusst: Ob in der Kommentarform oder Lehrbuchform geschrieben wurde, dürfte eher zufällig gewesen sein.

2. Entwicklung in der Vorkriegszeit

Nach der oben skizzierten Anfangszeit der japanischen Rechtswissenschaft kam es insbesondere im Zivilrecht zu einer neuen Entwicklung, die im Nach-

---

[5] *N. Hozumi,* Lectures on the New Japanese Civil Code, 1912, 22.

[6] *K. Ume,* Minpō yōgi kan no ichi/ni/san/shi/go [Lehrbuch des Zivilrechts, Bd. 1–5], 1896–1900.

[7] *S. Okamatsu,* Chūshaku minpō riyū jō-kan/chū-kan/ge-kan [Erläuterung zu den Motiven des Zivilgesetzes, Bd. 1–3], 1896.

[8] *T. Minobe,* Chikujō kenpō seigi [Kommentar zur Verfassung], 1927.

[9] Allerdings gibt es bei dem Kommentar von Ume einen besonderen Umstand, nämlich dass er (gemeinsam mit dem in Fn. 5 genannten Hozumi) einer der Verfasser des Zivilgesetzes war. Deshalb wird sein Kommentar (für die Literatur dieser Zeit ganz ausnahmsweise) auch heute vielfach zitiert. Insoweit dürfte er dem Kommentar von Gottlieb Planck zum BGB (*G. Planck* [Hg.], Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1–7, 1./2. Aufl., Berlin, 1897–1902) vergleichbar sein.

[10] Dies gilt allerdings nicht nur für die genannten Kommentare, sondern im Allgemeinen für alle Literaturformen dieser Zeit. Vgl. *Z. Kitagawa,* Development of Comparative Law in East Asia, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 237–260, 240 („era of commentaries“).

[11] So auch *Kitagawa,* Development (Fn. 10), 240.

hinein (meist mit kritischer Nuance) als „Theorienrezeption“[12] bezeichnet wird. Mit diesem Begriff ist der Vorgang gemeint, dass „das bestehende Recht, indem sich der Jurist ausschließlich nach einer fremden Rechtswissenschaft richtet, von seinen Normenkomplexen, wenn nicht ganz, so doch in wichtigen Punkten abweichend, umkonstruiert und umgebildet wird“,[13] wobei man in Japan für die „fremde Rechtswissenschaft“ in erster Linie auf die deutsche abstellte. Es wurden nämlich mehrere Rechtsinstitute, die nicht oder nicht allein vom BGB stammen und daher eigentlich andere Konzepte als die des BGB zugrunde legen, so „umkonstruiert und umgebildet“, dass sie dem Verständnis der deutschen Zivilrechtswissenschaft in Bezug auf das BGB entsprachen. Diese Entwicklung war am stärksten ausgeprägt bis zu den 1920er Jahren; der deutsche Einfluss blieb jedoch noch bis zum Zweiten Weltkrieg lebendig. Die Gründe dieses Rechtsphänomens kann man nur vermuten,[14] es ist jedoch zu unterstreichen, dass diese Entwicklung hauptsächlich von der Wissenschaft getragen wurde, wobei die meisten Rechtswissenschaftler sich zu einem Forschungsaufenthalt in Deutschland aufgehalten hatten.[15]

Interessanterweise gab es in der Vorkriegszeit, trotz der Theorienrezeption und dem dahinterstehenden starken deutschen Einfluss, kaum Kommentare in Japan, bis auf die bereits oben erwähnten Werke. Dies bedeutet aber nicht, dass es damals kein Bedürfnis nach Kommentaren gab. Es wird nämlich berichtet, dass die damaligen Praktiker, besonders Richter, bei ihrer Arbeit deutsche Kommentare konsultierten.[16] Während in der Rechtswissenschaft die oben erwähnte Theorienrezeption in Gang war, scheinen also in der Praxis deutsche Kommentare benutzt worden zu sein. Dieser etwas überraschende

---

[12] Dieser Begriff stammt von Zentarō Kitagawa (*Z. Kitagawa,* Nihon hōgaku no rekishi to riron [Geschichte und Theorie der japanischen Rechtswissenschaft], 1968, 25 ff.; *ders.,* Rezeption und Fortbildung des europäischen Rechts in Japan, 1970, 67 ff.). Siehe dazu auch *C. W. Canaris,* Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa, 1992, 59–94.

[13] *Kitagawa,* Rezeption und Fortbildung (Fn. 12), 67.

[14] Zum einen wird ein politischer Grund genannt, nämlich dass das Deutsche Reich, als damals sehr erfolgreicher Staat, als Vorbild für die Modernisierung und Zentralisierung des Staatssystems anziehend erschien. Zum anderen wird als juristischer Grund darauf hingewiesen, dass das deutsche Rechtssystem mit seiner präzisen Begriffsbildung und logischen Genauigkeit als für die Systematisierung und Dogmatisierung des japanischen Zivilrechts hilfreich empfunden wurde. Vgl. *Kitagawa,* Rezeption und Fortbildung (Fn. 12), 44 ff.; ausführlicher *ders.,* Geschichte und Theorie (Fn. 12), 129 ff.

[15] *Kitagawa,* Rezeption und Fortbildung (Fn. 12), 52; ausführlicher *ders.,* Geschichte und Theorie (Fn. 12), 131 ff.

[16] *C. Suzuki,* in: Chūshaku minpō (8) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 8], 1965, 1. Danach waren Fragen der Beweislast einer der Gründe für die Heranziehung deutscher Kommentare, denn dazu fanden sich in den japanischen Lehrbüchern kaum Erläuterungen. Dies ändert sich allerdings, seit es Law Schools gibt; vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 394 f.

Bericht wirft eine Frage auf, die in Hinblick auf den Träger der Rechtsentwicklung äußerst interessant ist, nämlich ob diese Arbeitsweise der Praktiker mit der von den Wissenschaftlern getragenen Theorienrezeption irgendwie zusammenhängt oder nicht. Diese bis jetzt gar nicht gestellte Frage dürfte man positiv beantworten können. Man kann nämlich wohl davon ausgehen, dass zwischen den beiden eine Wechselwirkung bestand: Einerseits wurde die Verwendung deutscher Kommentare durch die Praktiker wohl dadurch ermöglicht oder zumindest doch erleichtert, dass die Auslegung des Zivilgesetzes durch die Wissenschaft deutschen Mustern der Systematisierung und Dogmatisierung folgte. Andererseits waren viele Praktiker mit der deutschen Zivilrechtsdogmatik vertraut; dies bildete wohl einen wichtigen Grund dafür, dass die durch die Zivilrechtswissenschaft übernommene deutsche Dogmatik in der Praxis Fuß fassen konnte. Insoweit lässt sich also eine eigenartige Autopoiese juristischer Autorität beobachten.[17]

3. Entwicklung in der Nachkriegszeit

a) Entwicklung der Rechtswissenschaft

In der Nachkriegszeit erfuhr das japanische Recht eine große Wende. Zum einen wurden im Rahmen der von den USA vorangetriebenen „Demokratisierung" mehrere Gesetze gründlich reformiert.[18] Dadurch wurden etwa die Verfassung, das Strafprozessgesetz sowie die gesellschaftsrechtlichen Teile des Handelsgesetzes, die bis dahin unter einem starken Einfluss des deutschen Rechts gestanden hatten, nunmehr vom amerikanischen Recht geprägt. Auch im Zivilrecht kam es zu solchen Reformen, insbesondere zu einer Umgestaltung des Familien- und Erbrechts von Grund auf.

Zum anderen kam es auch im übrigen Zivilrecht (also im Vermögensrecht) zu einer neuen Entwicklung:[19] Man machte sich bewusst, wie weit Elemente deutscher Dogmatik ins japanische Recht übernommen worden waren – was mit der Prägung des bereits erwähnten Begriffs der „Theorienrezeption" einherging – und machte diese Anleihen zum Gegenstand kritischer Überprüfung. Sodann wurde von einigen einflussreichen Professoren[20] der Einfluss des französischen *Code civil* auf das japanischen Zivilgesetz „wiederentdeckt":[21] Sie hoben hervor, dass ein beträchtlicher Teil der Vorschriften des Zivilgesetzes französischer Herkunft ist, so dass es eigentlich keinen Grund gibt, sie anhand

---

[17] Zum Konzept der Autopoiese im Recht vgl. *G. Teubner,* Recht als autopoietisches System, 1989, 21 ff.

[18] Vgl. *Baum/Bälz,* Rechtsentwicklung (Fn. 4), Rn. 23 f.

[19] Zur Entwicklung der japanischen Zivilrechtswissenschaft in der Nachkriegszeit ausführlicher *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 369 ff.

[20] Zu nennen ist insbesondere Eiichi Hoshino, ehemaliger Professor an der Universität Tokyo.

[21] Vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 371 f.

deutscher Dogmatik umzukonstruieren. Hinzu kam auch hier der amerikanische Einfluss, besonders durch die ökonomische Analyse des Rechts.[22]

Das Ergebnis all dieser Entwicklungen ist, kurz gesagt, die Relativierung des Einflusses des deutschen Rechts. Dabei wurden einige Rechtsgebiete, insbesondere das Verfassungs-, Gesellschafts- und Strafprozessrecht, weitgehend „amerikanisiert". Im Zivilrecht hingegen wurden bei der Auslegung der einzelnen Regelungen nicht nur deren jeweilige Mutterrechtsordnung, sondern häufig auch andere Rechtsordnungen berücksichtigt und zum Anhaltspunkt für eine eigene Entwicklung gemacht, so dass von einer „Mischrechtsordnung"[23] gesprochen werden kann.[24]

b) Blüte der Kommentare

Hier zeigt die Geschichte der juristischen Kommentare wieder einmal eine interessante Entwicklung: Nachdem der Einfluss des deutschen Rechts in der Rechtswissenschaft wie eben geschildert relativiert oder teilweise sogar geschwächt worden war, erreichten die Kommentare erst ihre Blütezeit.

Am Anfang erschienen vereinzelt einige Kommentare, die durch die oben erwähnten Gesetzesreformen nach dem Zweiten Weltkrieg veranlasst wurden. Zu nennen sind insbesondere ein zweibändiger Kommentar zur neuen Verfassung, der von der Arbeitsgruppe *Hōgaku Kyōkai* herausgegeben wurde,[25] und ein Kommentar zum neuen Gesellschaftsrecht, der von zwei Professoren verfasst wurde.[26] Ersterer ist, soweit ersichtlich, der erste Kommentar in Japan, der von mehreren Autoren geschrieben wurde.

Die Kommentare dieser Zeit hatten hauptsächlich den Zweck, die reformierten Gesetze zu erläutern und sie für die allgemeine Bevölkerung verständlich zu machen. Allerdings bildet der Kommentar von *Hōgaku Kyōkai* insoweit eine Ausnahme, als er nicht nur diese aufklärende Funktion erfüllte, sondern aufgrund seines hohen wissenschaftlichen Niveaus auch in der späteren Literatur Erwähnung findet.

Später wurden in den 1950er Jahren einige Kommentarreihen herausgegeben.[27] In diesen Reihen war für jedes Rechtsgebiet grundsätzlich jeweils ein Band vorgesehen, und jeder Band war im Taschenformat mit der Größe A5

---

[22] Vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 379 f.

[23] Zum Begriff vgl. *R. Zimmermann,* Mischrechtsordnungen, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 1068–1071.

[24] Vgl. *Baum/Bälz,* Rechtsentwicklung (Fn. 4), Rn. 2; *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 364.

[25] *Hōgaku Kyōkai* (Hg.), Chūkai nihon-koku kenpō jō/chū/ge [Erläuterung der japanischen Verfassung, Bd. 1–3], 1948–1950. Hōgaku Kyōkai war (und ist) eine Gruppe, die aus Professoren der Universität Tokyo besteht.

[26] *K. Ōsumi/T. Ōmori,* Chikujō kaisei kaisha-hō kaisetsu [Erläuterung der neuen Vorschriften zum Gesellschaftsrecht], 1951.

gedruckt. Diese eher kleinen Kommentarreihen nahmen einerseits die Gesetzesreformen zum Anlass, was in der Tatsache Ausdruck findet, dass zuerst vor allem die Bände zum Familien- und Erbrecht sowie zum Verfassungsrecht erschienen. Dies war jedoch nicht der einzige Hintergrund. Es wurde nämlich zum anderen auch auf das Bedürfnis der Rechtspraxis nach Erläuterungen der Gesetzesvorschriften in Form von Kommentaren verwiesen.[28] Ferner ist zum Teil auch der Einfluss deutscher Kommentare zu beobachten.[29]

Den Bedürfnissen der Praxis entsprechend steht in allen genannten Reihen die objektive Darstellung der Rechtsprechung im Vordergrund. Damit zusammen hängt die weitere Besonderheit, dass bei einigen Bänden auch Praktiker als Co-Autoren mitgearbeitet haben.[30] Somit war der Weg für die großen Kommentare geebnet,[31] wobei diese in drei Generationen unterteilt werden können.

In den 1960er Jahren begannen fast gleichzeitig drei große Kommentarreihen für das Strafrecht (Chūshaku keihō [Kommentar des Strafrechts], 1964–1970), Zivilrecht (Chūshaku minpō [Kommentar des Zivilrechts], 1964–1987) und Gesellschaftsrecht (Chūshaku kaisha-hō [Kommentar des Gesellschaftsrechts], 1965–1972) zu erscheinen, und zwar alle im Verlag Yūhikaku.[32] Von diesen zur ersten Generation gehörenden Reihen hat der Kommentar des Strafrechts sechs Bände, der Kommentar des Gesellschaftsrechts zehn Bände, während der Kommentar des Zivilrechts mit 26 Bänden mit Abstand am umfangreichsten ist.

---

[27] Poketto chūshaku zensho [Taschenkommentarreihe], Chūkai hōritsu-gaku zensho [Reihe juristischer Kommentare] sowie Hōritsu-gaku taikei konmentāru hen [System der Rechtswissenschaft – Kommentierungen]. Die erste angeführte Reihe wurde vom Verlag Yūhikaku herausgegeben, der später in der Welt der japanischen Kommentare eine führende Rolle spielen sollte.

[28] So die Erläuterungen zur Reihe Chūkai hōritsu-gaku zensho [Reihe juristischer Kommentare].

[29] Im Vorwort von *Z. Nakagawa et al.,* Shinzoku sōzoku-hō [Familien- und Erbrecht], 1953, wird z.B. der sogenannte Reichsgerichtsrätekommentar erwähnt und der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass sich dieser Band eines Tages zu einem so umfangreichen Werk entwickeln möge.

[30] Zum Beispiel *T. Taniguchi et al.,* Minpō sōsoku bukken-hō [Allgemeiner Teil des Zivilrechts und Sachenrecht], 1956; *Nakagawa et al,* Familien- und Erbrecht (Fn. 29), beides in der Serie Poketto chūshaku zensho.

[31] In den 1960er Jahren wurde von mehreren Autoren von einem „Boom der Kommentare“ gesprochen: vgl. etwa *M. Kai,* in: Chūshaku minpō (11) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 11], 1965, 3; *K. Igarashi,* in: Chūshaku minpō (19) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 19], 1965, 4.

[32] Auffällig ist, dass keine entsprechende Reihe für das Verfassungsrecht geplant wurde. Dies dürfte sich daraus erklären, dass der oben erwähnte Kommentar von *Hōgaku Kyōkai* (Fn. 25) so einflussreich war, dass eine andere große Reihe für kaum notwendig oder möglich gehalten wurde. Die erst später erschienene Reihe Chūshaku kenpō [Kommentar des Verfassungsrechts] (dazu vgl. Fn. 42) hat nach dem Vorwort in Band 1 das Ziel, die Kommentierung von Hōgaku Kyōkai zu überarbeiten.

Die Umstände, die zur Publikation dieser Reihen geführt haben, sind im Vorwort des Strafrechtskommentars[33] prägnant zusammengefasst. Danach setze die Entstehung einer großen Kommentarreihe zweierlei voraus: Einerseits sei erforderlich, dass es genügend einschlägige Literatur und Rechtsprechung gebe, was damals der Fall gewesen sei. Andererseits müssten die sozialen bzw. wirtschaftlichen Bedingungen gegeben sein, die die Publikation einer solchen großen Reihe ermöglichten. In dieser Hinsicht seien die Verlage wegen des Wirtschaftswachstums in Japan nach dem Krieg zu einer solchen Publikation in der Lage gewesen, und es habe nunmehr auch genug Nachfrage nach einem solchen Kommentar gegeben. Vor diesem Hintergrund seien die Herausgeber und Yūhikaku zu einer Einigung über das Projekt gekommen.[34] Hingegen ist hier keine Spur des Motivs zu finden, die neuen Gesetze für die allgemeine Bevölkerung zu erläutern.

Darüber hinaus ist zumindest beim Kommentar des Zivilrechts wiederum der Einfluss der deutschen Kommentare nicht zu verkennen: Jedem Band dieser Reihe ist ein Beiheft mit Essays der Autoren beigelegt, aus denen der Hintergrund des Projekts sowie die damaligen Umstände deutlich werden. In diesen Essays werden mehrmals die deutschen Kommentare erwähnt.[35]

Bei der Kommentarreihe des Zivilrechts, der umfangreichsten der drei oben genannten Reihen, dauerte es jedoch sehr lange, bis alle Bände veröffentlicht waren. Dies lag zum Teil an einem äußeren Grund, nämlich den linksradikalen Studentenunruhen ab der zweiten Hälfte der 1960er Jahre, die die Arbeit der Universitätsprofessoren erheblich erschwerten.[36] Es gab jedoch auch einen Grund, der dieser Kommentarreihe immanent war: Nach der eigentlichen Zielsetzung dieser Reihe sollte der Schwerpunkt auf die Rechtsprechung gelegt und gleichzeitig auch der Stand der Literaturmeinungen dargestellt werden.[37] Von Band zu Band wurden jedoch zunehmend intensiver der Gesetzgebungsprozess, die Entwicklung der Lehre sowie ausländische Rechtsordnungen analysiert.[38]

---

[33] Vgl. das Vorwort der Herausgeber in Chūshaku keihō (1) [Kommentar des Strafrechts, Bd. 1], 1964.

[34] Beim Kommentar des Gesellschaftsrechts gab es noch einen zusätzlichen Umstand: Er war nämlich als eine Art Festschrift für mehrere Professoren gedacht; vgl. das Vorwort der Herausgeber in Chūshaku kaisha-hō [Kommentar des Gesellschaftsrechts].

[35] *Suzuki,* Beiheft (Fn. 16), 1; *Y. Yamanaka,* in: Chūshaku minpō (15) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 15], 1966, 1 f.; *Igarashi,* Beiheft (Fn. 31), 4 f. Nach *Igarashi* soll das Projekt nicht dem Palandt'schen, sondern dem Oertmann'schen Stil folgen. Was dies genau bedeutet, ist nicht ganz klar. Gemeint dürfte vermutlich die Zielsetzung sein, nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch die Literaturmeinungen umfassend zu berücksichtigen und ferner die eigene Meinung des Autors auszuführen.

[36] Vgl. *T. Taniguchi,* in: Chūshaku minpō (25) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 25], 1970, 1.

[37] Vgl. die Erläuterungen zur Reihe Chūshaku minpō [Kommentar des Zivilrechts].

Mitte der 1980er Jahren begann die Publikation der Neuauflagen des Kommentars des Zivilrechts[39] sowie des Gesellschaftsrechts,[40] während man auf eine Überarbeitung des Kommentars des Strafrechts verzichtete.[41] Gleichzeitig entstanden Kommentarreihen von Yūhikaku zu weiteren Rechtsbereichen, namentlich dem Verfassungs-[42] und Zivilprozessrecht.[43] Diese Reihen können als zweite Generation bezeichnet werden.

Beim Zivilrecht ist bemerkenswert, dass die Veröffentlichung der Neuauflage gleich ein Jahr nach der Vollendung der ersten Auflage anfing. Die Publikation der Neuauflage dauerte ihrerseits aber auch wieder lange. Schlimmer noch: Sie wurde nie abgeschlossen. Bei der Neuauflage des Kommentars des Zivilrechts waren eigentlich insgesamt 28 Bände geplant. Am Ende erschienen jedoch nur 23 davon, bevor 2015 von Yūhikaku der Abbruch des Publikationsplans angekündigt wurde. Dabei wurden keine Gründe angegeben, es dürfte jedoch an dem gleichen Grund liegen wie die Verspätung der Vollendung der ersten Auflage.

Bei den Kommentarreihen des Verlags Yūhikaku, der für die Verbreitung großer Kommentare in Japan Pionierarbeit geleistet hat, zeigt sich seit den 2010er Jahren eine Richtungsänderung: Yūhikaku hat mit der Publikation neuer Kommentarreihen begonnen, und zwar nicht als dritte Auflage der bisherigen Reihen, sondern als jeweils komplett neuen Kommentar. Diese sollen hier als dritte Generation bezeichnet werden.

Diese Neubegründung der Reihen erfolgte nicht ohne Grund: Nunmehr ist der Umfang der Reihe etwas kleiner. Zum Beispiel sind für das Zivilrecht nur 20 Bände vorgesehen, für das Strafrecht drei, für das Zivilprozessrecht fünf. Die Gründe dafür werden im Vorwort für das Strafrecht zusammengefasst: Danach soll sich die neue Reihe erstens nicht nur an Praktiker und Professoren, sondern auch an Studenten richten; dafür soll die Kommentierung kompakt sein. Zweitens sollen Gerichtsentscheidungen nicht mehr umfassend vorgestellt, sondern nur die wichtigsten ausgewählt werden. Denn diese

---

[38] Vorwort zu Bd. 10 des Kommentars des Zivilrechts, der in dieser Reihe zuletzt erschien.

[39] Shinpan chūshaku minpō [Neuauflage des Kommentars des Zivilrechts], Bd. 1–28, 1988–2007. Zur Unvollständigkeit der Reihe sogleich im Text.

[40] Shinpan chūshaku kaisha-hō [Neuauflage des Kommentars des Gesellschaftsrechts], Bd. 1–15, 1985–1991.

[41] Dies lag wohl daran, dass der Verlag Seirin Shoin, der traditionell im Bereich des Strafrechts über einen großen Marktanteil verfügte, eine große Kommentarreihe zu publizieren begann (Dai konmentāru keihō [Großkommentar des Strafrechts], Bd. 1–10, 1988–1991; 2. Aufl., Bd. 1–13, 1999–2006; 3. Aufl., Bd. 1–13, 2013 ff., wobei Bd. 10 und 12 noch nicht erschienen sind).

[42] Chūshaku kenpō [Kommentar des Verfassungsrechts], Bd. 1, 2000. Von dieser Reihe erschien nur dieser erste Band, was wohl mit dem Tod des Herausgebers Nobuyoshi Ashibe zusammenhängt.

[43] Chūshaku minji soshō-hō [Kommentar des Zivilprozessrechts], Bd. 1–9, 1991–1998.

Funktion könne heutzutage durch Datenbanken besser erfüllt werden. Allerdings ist es andererseits leicht vorstellbar, dass es zumindest für den Verlag neben diesen offiziellen Gründen auch einen „pragmatischen“ Grund gibt. Yūhikaku hatte wohl den Wunsch, durch die Verkleinerung der Reihe sicherzustellen, was bei der Neuauflage des Kommentars des Zivilrechts nicht gelungen war, nämlich dass die Reihe tatsächlich abgeschlossen werden kann.

Außer diesen großen Kommentarreihen gibt es mittlerweile viele andere Kommentare bzw. Kommentarreihen mit vielfältigen Zielrichtungen. Teils wird besonders auf die Rechtsprechung abgestellt,[44] teils werden Nebengesetze wie das Grundbuchgesetz oder Anwaltsgesetz erläutert.[45] Einige legen auf die Verständlichkeit für Studenten großen Wert,[46] während andere sich dadurch auszeichnen, dass sie von einem einzigen Autor oder einigen wenigen Autoren geschrieben sind.[47] Diese Vielfalt zeigt, dass juristische Kommentare in Japan mittlerweile genauso üblich sind wie in Deutschland.

4. Fazit

Wie oben skizziert wurde, haben zur Entwicklung der Kommentare in Japan mehrere Elemente beigetragen. Das Wichtigste war wohl das Bedürfnis der Praktiker. Hinzukommen mussten natürlich einerseits die ausreichende Erfahrung der Rechtswissenschaft und andererseits die wirtschaftliche Bereitschaft der Verlage. Dies erweckt vielleicht den Eindruck, dass die japanischen Kommentare sich sozusagen von selbst entwickelt haben.

Diese Sichtweise wäre jedoch einseitig. In Wirklichkeit wurden sowohl in den kleineren als auch in den größeren Kommentarreihen vielfach deutsche Kommentare als Vorbild genannt. Darüber hinaus ist das Bedürfnis der Praktiker vielleicht nicht ganz unabhängig vom deutschen Recht. Es könnte nämlich daran liegen, dass die Praktiker schon seit der Vorkriegszeit deutsche Kommentare verwendeten, was, wie oben ausgeführt, seinerseits wohl mit der Theorienrezeption im Zivilrecht zusammenhing. Insoweit könnte die juristische Denkweise der Praktiker durch deutsche Kommentare beeinflusst gewesen sein. Somit darf der deutsche Einfluss in der Entwicklung der Kommentare in Japan nicht unterschätzt werden.

---

[44] Zum Beispiel die Reihe „Taikei minpō hanrei“ [System der zivilrechtlichen Rechtsprechung] des Verlags Yūhikaku.

[45] So etwa die Jōkai [Kommentar]-Reihe des Verlags Kōbundō.

[46] Zum Beispiel die Reihen „Kihon-hō konmentāru“ [Basiskommentar] sowie „Shin kihon-hō konmentāru“ [Neuer Basiskommentar] des Verlags Nihon Hyōron-sha.

[47] Zum Beispiel *H. Ōtsuka,* Chūkai keihō [Kommentar des Strafrechts], 1971, 2. Aufl., 1977; *S. Wagatsuma/T. Ariizumi/M. Shimizu/T. Tayama,* Wagatsuma Ariizumi konmentāru minpō sōsoku bukken saiken [Kommentar zum Allgemeinem Teil des Zivilrechts, Sachenrecht und Schuldrecht], 2005. Letzterer wird bis heute häufig neu aufgelegt (6. Aufl., 2019).

III. Spezifika japanischer Kommentare

In diesem Abschnitt werden die japanischen Kommentare, aufbauend auf der Arbeit von *Kästle-Lamparter,*[48] aus einer Reihe unterschiedlicher Perspektiven untersucht. Schon die Tatsache, dass die japanischen Kommentare, wie oben gezeigt, die deutschen zum Vorbild genommen haben, lässt vermuten, dass sie grundsätzlich ähnlich wie die deutschen aussehen. Im Folgenden stehen daher die Unterschiede im Vordergrund.

1. Referenztext

Der Referenztext ist zunächst das jeweilige Gesetz, also die Verfassung, das Strafgesetz, Zivilgesetz, Gesellschaftsgesetz usw. Darüber hinaus werden auch einige damit zusammenhängende Sondergesetze kommentiert. Im Kommentar des Zivilrechts sind ferner typische standardisierte AGB wie zum Beispiel Bankgeschäftsbedingungen mit einbezogen.

Dass in einem Kommentar AGB erläutert werden, lässt sich auch in Deutschland beobachten und ist nichts Ungewöhnliches. Interessant ist jedoch das Motiv der Kommentierung: Nach der Darstellung der Autoren[49] hätten sie, angesichts des teilweise für den Verwender zu vorteilhaften Inhalts der Bankbedingungen, versucht, deren Auslegung soweit wie möglich der Regelung des Zivilgesetzes anzunähern und sie dadurch zu rationalisieren. Mit anderen Worten haben sie die Bankbedingungen deshalb zum Referenztext genommen, um ihre Wirkung abzuschwächen. Man kann ja im Allgemeinen davon ausgehen, dass die Kommentierung dem Referenztext eine gewisse Autorität verleiht.[50] Ob dies auch bei Kommentierungen aus einem solchen Motiv gilt, wäre vielleicht eine interessante Frage.

2. Methode und Inhalt

Die Methode sowie der Inhalt der Kommentierung ist im Allgemeinen ähnlich wie bei deutschen Kommentaren: Es werden die jeweiligen Gesetzestexte abgedruckt, denen die Kommentierungen folgen, wobei einigen Abschnitten Vorbemerkungen vorgeschaltet werden.

Im Rahmen großer Kommentarreihen gibt es, wie bereits angedeutet, zwischen der ersten und zweiten Generation einerseits und der dritten Generation

---

[48] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 3), 289 ff.

[49] *R. Suzuki,* in: Chūshaku minpō (17) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 17], 1969, 3 ff. Dort wird allerdings zugleich resignierend zugegeben, dass ein solcher Versuch bald an seine Grenzen stößt.

[50] Vgl. *N. Jansen,* The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010, 119 ff.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 3), 327 ff.

andererseits Unterschiede. Bei ersteren wird die Rechtsprechung anhand vieler Gerichtsentscheidungen ausführlich dargestellt. Es werden aber auch die Literaturmeinungen mehr oder weniger umfassend dokumentiert. Daran schließt sich ferner meistens eine eigene Stellungnahme des Autors an. Charakteristisch besonders für den Kommentar des Zivilrechts sind umfangreiche Darstellungen der ausländischen Rechtsordnungen. Sie schließen normalerweise das deutsche und französische Recht sowie das *common law* ein. Sie werden meistens in den Vorbemerkungen ausgeführt, so dass einige Vorbemerkungen sehr viele Seiten einnehmen.[51] Dies zeigt anschaulich den großen Wert, den die japanische Zivilrechtswissenschaft auf rechtsvergleichende Untersuchungen legt. Insgesamt lassen sich die Kommentierungen bei den ersten und zweiten Generationen als monographisch bezeichnen.[52]

Anders sieht die dritte Generation aus. Wie bereits ausgeführt, wird die Rechtsprechung nicht mehr umfassend aufgenommen, und ausländische Rechtsordnungen finden nur dann Erwähnung, wenn es für das Verständnis des japanischen Rechts notwendig ist. Was dies hinsichtlich des Adressatenkreises sowie der Funktionen der Kommentare bedeutet, darauf wird nachher einzugehen sein.

3. *Form*

Auch ihrer äußeren Gestalt nach präsentieren japanische Kommentare sich nicht wesentlich anders als deutsche Kommentare. Wie geschildert, sind zuerst die Gesetzestexte abgedruckt, an die sich die Erläuterungen anschließen. Dabei werden allerdings keine schwer verständlichen Abkürzungen wie etwa im Palandt benutzt. Auch sind die Bücher vom Format her nicht größer sind als Lehrbücher und Monographien (meistens A5), der Druck ist nicht kleiner und das Papier nicht dünner. Kurz gesagt, sehen die Kommentare also genauso aus wie Lehrbücher und Monographien. Dies ist zwar nur eine äußerliche Sache. Es führt jedoch, verbunden mit der schon erwähnten monographischen Darstellungsweise dazu, dass man sich bei der Lektüre fühlt, als läse man eine Monographie.

4. *Funktionen*

Was die Funktion betrifft, lassen sich die von *Kästle-Lamparter* herausgearbeiteten Funktionen – Erläuterung, Dokumentierung, Selektion, Ordnen, Steuerung, Konkretisierung, Vermittlung, Stabilisierung, Relativierung und

---

[51] Zum Beispiel nehmen bei Bd. 13 der Neuauflage des Kommentars des Zivilrechts die Vorbemerkungen fast die Hälfte der Seiten ein.

[52] Insoweit dürften der Kommentar des Zivilrechts sowie dessen Neuauflage mit dem Staudinger-Kommentar in Deutschland vergleichbar sein.

Renovierung[53] – mehr oder weniger alle beobachten, wobei sie jedoch im Vergleich zu deutschen Kommentaren jeweils unterschiedlich stark ausgeprägt sind. Wie ausgeführt, enthalten die großen Kommentare erster und zweiter Generation in enzyklopädischer Weise umfangreiche Informationen über Gerichtsentscheidungen und Lehrmeinungen. Darin kann man eine Dominanz der Dokumentationsfunktion sehen, wohingegen die Filterfunktion eher schwach ausgeprägt ist. Diese Zielsetzung wurde jedoch, wie erwähnt, bei den Kommentaren dritter Generation aufgegeben; auf die Filterung der Informationen wird nun stärker Wert gelegt. Dies könnte so verstanden werden, dass die japanische Rechtsordnung jetzt so reif geworden ist, dass es der Filterung von Informationen bedarf.

Andererseits haben die Erläuterungen bei der ersten und zweiten Generation häufig eine monographische Gestalt und enthalten Auseinandersetzungen mit verschiedenen Lehrmeinungen sowie eigene Stellungnahmen. Es ist daher eine starke Kritik- bzw. Fortbildungsfunktion zu beobachten; dafür ist die Stabilisierungsfunktion gering. Diese Funktion ist, wie noch unten zu zeigen sein wird, traditionell durch Lehrbücher erfüllt worden. Dies könnte sich jedoch bei der dritten Generation ändern: Die dort zunehmende Filterfunktion könnte durch die Selektion der als einflussreich anzusehenden Gerichtsentscheidungen und Lehrmeinungen zur Bildung einer „herrschenden Meinung" beitragen. Wie sehr dies der Fall sein wird, ist noch abzuwarten, hängt jedoch wohl von der Autorität der dritten Generation ab, auf die später einzugehen ist.

5. Autoren

In der Anfangszeit der Kommentarreihen, also in der frühen Nachkriegszeit, gab es eine Reihe, bei der auf die Zusammenarbeit zwischen Professoren und Praktikern Wert gelegt wurde.[54] Dies ist jedoch eine Ausnahme. In den Kernbereichen des materiellen Rechts – also der Verfassung, dem Zivil- sowie Strafrecht – sind es üblicherweise ausschließlich Professoren, die die Kommentierung übernehmen. Dies spiegelt wohl die Tatsache wider, dass in Japan die Rechtswissenschaftler immer noch große Autorität besitzen.[55] Anders liegt es allerdings naturgemäß im Prozessrecht sowie in den Bereichen, die wie etwa das Gesellschafts- oder Insolvenzrecht durch prozessuale Bezüge geprägt sind. Hier gehören auch viele Praktiker zu den Autoren.

---

[53] Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 3), 311 ff.

[54] Die in Fn. 27 genannte Reihe „Poketto chūshaku zensho" [Taschenkommentarreihe].

[55] In Japan ist es ganz üblich, dass Wissenschaftler am Entwerfen neuer Gesetze beteiligt sind und dabei eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Zur Rolle der Wissenschaftler bei der japanischen Gesetzgebung vgl. etwa *Y. Nishitani,* Law-Making in Japan, in: J. Basedow/H. Fleischer/R. Zimmermann (Hg.), Legislators, Judges, and Professors, 2016, 3–26, 21.

Bemerkenswert ist zudem, dass die Kommentare abgesehen von wenigen Ausnahmen immer von mehreren Autoren geschrieben werden. Dies ist auch bei den kleineren Kommentaren nicht anders. Der Grund besteht vermutlich darin, dass ein Lehrbuch als die angemessenere Literaturform gilt, wo es darum geht, die wissenschaftlichen Überzeugungen eines einzelnen Rechtswissenschaftlers systematisch zu entfalten.[56] Damit hängt zusammen, dass es praktisch keinen Kommentar gibt, der die Namen der Begründer im Titel trägt.[57] Dies alles ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Kommentarprojekte in Japan zum großen Teil unter der Federführung der Verlage (besonders Yūhikaku) geplant und durchgeführt wurden.

Bei großen Kommentaren sind es normalerweise sehr prominente Professoren oder Spezialisten der betreffenden Bereiche, die die Kommentierung übernehmen. Allerdings sind bei der dritten Generation relativ viele jüngere Autoren beteiligt. Dies könnte einen Einfluss auf die Autorität dieser Kommentare haben, wie noch unten auszuführen ist.

6. Adressatenkreis

Der Adressatenkreis der großen Kommentarreihen umfasst bei ihrer ersten und zweiten Generation, wie ihr oben erläuterter breiter Umfang vermuten lässt, sowohl Praktiker als auch Rechtswissenschaftler. Dadurch, dass sie eine gemeinsame Referenzbasis bildeten, ist es ihnen bis zu einem gewissen Grad gelungen, Wissenschaft und Praxis zu verbinden. Hingegen wurde auf die Brauchbarkeit für Studenten kein Wert gelegt.

Bei der dritten Generation beginnt sich dies zu ändern. Dabei wird versucht, den Umfang der Kommentare etwas zu reduzieren, zum Teil, um sie auch für Studenten zugänglich zu machen. Ob dieses Ziel erfüllt wird, ist noch unklar. Zum einen sind Lehrbücher, wie unten näher zu zeigen sein wird, in der japanischen Rechtswissenschaft einflussreicher als Kommentare, und dies gilt auch für Studenten. Lehrbücher können zwar naturgemäß nicht alle wichtigen Gerichtsentscheidungen behandeln. Dafür gibt es jedoch zum anderen eine Fülle von an Studenten gerichteter Literatur, die sich auf die Rechtsprechung konzentriert, und diese ist bei Studenten offenbar beliebter als Kommentare. Somit sind Kommentare für die Studenten – um es mit einer japanischen Redewendung zu sagen – „für einen Gürtel zu kurz und für eine Schärpe zu lang".

Darüber hinaus ist auch fraglich, wie häufig die Kommentare dritter Generation von Praktikern verwendet werden. Da dort nur wichtige Gerichtsentscheidungen erwähnt werden, ist es nicht wahrscheinlich, dass sie den Praktikern als Informationsquelle dienen werden. Außerdem benutzen Praktiker

---

[56] Zum Verhältnis zwischen Kommentaren und Lehrbüchern in Japan vgl. unten IV.2.

[57] Die soweit ersichtlich einzige Ausnahme ist der in Fn. 47 genannte Kommentar zum Zivilrecht, der von *Sakae Wagatsuma* und *Tōru Ariizumi* begründet wurde.

heutzutage ohnehin Datenbanken, um einschlägige Entscheidungen zu finden. Eher vorstellbar ist, dass Praktiker als Argument für die (Un-)Beachtlichkeit einer Entscheidung darauf verweisen werden, dass sie in den Kommentaren (nicht) Erwähnung findet. Wie sehr dies der Fall sein wird, hängt auch von der Autorität der Kommentare der dritten Generation ab, worauf gleich einzugehen ist. Soweit die Kommentierung eine eigene Stellungnahme des Autors enthält, kann auch diese von Praktikern herangezogen werden. Insgesamt liegt die Vermutung nahe, dass sich die Art und Weise der Verwendung von Kommentaren durch die Praktiker ab der dritten Generation etwas ändern wird.

Hingegen sind die Adressaten der kleinen Kommentare naturgemäß auf Studenten beschränkt. Allerdings wird von diesen Kommentaren aus den oben in Bezug auf die großen Kommentare dritter Generation erwähnten Gründen tatsächlich kein intensiver Gebrauch gemacht.

7. Rezeption und Autorität

In Bezug auf die Rezeption und Autorität kann man sich von Anfang an auf die großen Kommentare beschränken. Kleinen Kommentaren kommt nämlich kaum Autorität zu: Es kann zwar sein, dass ein Teil eines solchen Kommentars Einfluss gewinnt, das liegt dann aber an der Autorität des Autors selbst oder an der Überzeugungskraft des Inhalts, jedenfalls nicht an der Autorität des Kommentars.

Bei den großen Kommentaren erster und zweiter Generation lässt sich zuerst feststellen, dass ihre Darstellung ausländischer Rechtsordnungen sowie die Zusammenfassung von Rechtsprechung und Literaturmeinungen weitgehend als zuverlässig gelten. Insoweit bildeten sie bisher sowohl in der Wissenschaft als auch in Praxis stets den Ausgangspunkt der Recherche.

Darüber hinaus sind jedoch die Anwaltspraxis, Gerichtspraxis und Wissenschaft getrennt zu betrachten: In der Anwaltspraxis ist die Autorität der Kommentare erster und zweiter Generation unzweifelhaft. Sie dienten dabei stets sowohl als Informationsquelle als auch als Referenztext mit Überzeugungskraft. Hingegen ist der Einfluss der Kommentare, oder überhaupt der Literatur, in der Gerichtspraxis nicht sichtbar, weil die japanischen Gerichtsentscheidungen, außer Präjudizen, niemals irgendwelche Literatur zitieren. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Kommentare dort keinen Einfluss hätten, ganz im Gegenteil: Es gibt einige Streitfragen, bei denen die in einem großen Kommentar vertretene Ansicht in der Gerichtspraxis vorherrschend geworden ist.[58] Insoweit haben die großen Kommentare erster und zweiter Generation in

---

[58] Als Beispiel sind die Fragen in Bezug auf die Gewährleistungshaftung des Verkäufers einer Sache zu nennen, bei denen die Ansicht von Kaoru Yunoki, der im Kommentar des Zivilrechts ausgehend von der in Deutschland vor der Schuldrechtsreform vorherrschenden „Gewährleistungstheorie" die einschlägigen Vorschriften kommentierte, die Gerichtspraxis stark beeinflusste. Zu seinem Einfluss bei der Gerichtspraxis der unterinstanzlichen Gerich-

der Gerichtspraxis tatsächlich eine erhebliche praktische Autorität. In der Wissenschaft sieht es etwas anders aus: Dort gelten Kommentare, wie erwähnt, als zuverlässige Informationsquelle, soweit die objektive Darstellung der Rechtslage in Frage steht. Demgegenüber kommt den Meinungen, die dort vertreten werden, keine besonders große Autorität zu: Sie werden grundsätzlich auf gleicher Stufe wie normale Monographien oder Aufsätze betrachtet.

Wie es bei den Kommentaren dritter Generation aussehen wird, ist noch abzuwarten. Der Grund für die Autorität der großen Kommentare, jedenfalls in der Praxis, dürfte wohl in deren Umfang sowie in der Prominenz der Autoren bestanden haben. Nun ist die dritte Generation, wie erwähnt, weniger umfangreich, und die Autoren sind auch zum Teil relativ jung. Dies könnte ihre Autorität mindern. Allerdings scheint es ebenso möglich, dass die Selektion der Rechtsmaterien dort als autoritativ rezipiert wird, und die Prominenz der jüngeren Autoren kann naturgemäß in Zukunft (vielleicht gerade wegen der Kommentierung in der Reihe) zunehmen. In diesem Fall könnten die Großkommentare weiterhin als autoritativ gelten.

IV. Andere Literaturformen

Bevor abschließend auf das Verhältnis zwischen Kommentaren und Lehrbüchern eingegangen werden kann, gilt es in diesem Abschnitt einige sonstige Literaturformen vorzustellen, die die Charakteristika des japanischen Rechts in besonderer Weise widerspiegeln.

1. Literatur zur Rechtsprechung

Zuerst zu erwähnen ist die Literatur, die die Rechtsprechung zum Gegenstand hat. Erstens gibt es die Studienliteratur, in der die wichtigsten Gerichtsentscheidungen kurz zusammengefasst und dann erläutert werden.[59] Die traditionellste ist die Reihe „Hanrei hyakusen" [Die 100 wichtigsten Entscheidungen], es sind aber mittlerweile viele andere Reihen erschienen. Außerdem wird im April jeden Jahres ein Sonderheft der Zeitschrift Jurisuto publiziert, in dem die wichtigsten Entscheidungen des vorigen Jahres vorgestellt und kommentiert werden.[60]

---

te vgl. etwa *Y. Shiomi,* Keiyaku kakuron I [Vertragsrecht Besonderer Teil I], 2002, 117, 125, 179. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass Yunoki zu ungefähr gleicher Zeit auch eine Monographie über die Gewährleistungshaftung des Verkäufers geschrieben hat, so dass sein Einfluss vielleicht zum Teil auf diese zurückzuführen sein dürfte.

[59] Vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 394.

[60] Einige der zivilrechtlichen und internationalprivatrechtlichen Entscheidungen davon werden jedes Jahr in der Zeitschrift für japanisches Recht auch in deutscher Sprache zusammengefasst. Für 2018 vgl. *G. Koziol,* Überblick über wichtige zivilrechtliche Entschei-

Die zweite wichtige Literaturform sind Gesetzestextsammlungen mit Rechtsprechungsübersichten. Diese Sammlungen enthalten keine Kommentierungen, wohl aber die wichtigen Gerichtsentscheidungen zu den einzelnen Vorschriften der wichtigen Gesetze mit kurzen Zusammenfassungen. Es gibt derzeit zwei solcher Sammlungen, die sich im Umfang der aufgenommenen Entscheidungen unterscheiden.[61] Adressaten der kleineren Sammlung sind insbesondere Studenten, die umfangreichere ist auch an Praktiker gerichtet.

Die Nützlichkeit solcher Bücher liegt auf der Hand, doch darf man sie nicht überbewerten: Die Zusammenfassungen sind naturgemäß ziemlich kurz und einfach, um den vorgegebenen Gesamtumfang der Sammlung nicht zu überschreiten. Deshalb müssen zumindest Praktiker, aber oft auch Studenten, die einschlägigen Entscheidungen (meist mitsamt den Anmerkungen dazu[62]) selbst lesen. Die Zusammenfassungen der Entscheidungen sind also sozusagen nur der Annex, die Hauptsache sind die Gesetzestexte.

Drittens ist ein Versuch erwähnenswert, der die US-amerikanischen *restatements* zum Vorbild nimmt. Da in Japan grundsätzlich Gesetzesrecht gilt, ist dafür allerdings natürlich nicht so viel Raum wie in Amerika. Bislang wurde daher nur ein *restatement* veröffentlicht, und zwar im Bereich des Deliktsrechts.[63] Hier ergibt sich ein Bedarf für solche *restatements* aus der Knappheit sowie aus dem Generalklauselcharakter der Vorschriften in diesem Bereich.[64] Die Zentralvorschrift, nämlich Art. 709 des Zivilgesetzes[65], sieht eine allgemeine Verschuldenshaftung vor und ist in ihrem Inhalt ganz abstrakt.[66] Hinsichtlich solcher Vorschriften ist der Ansatz des *restatements* tatsächlich sinnvoll. Allerdings hat dieser Versuch bis jetzt keine Nachfolger gefunden.

Jedenfalls veranschaulichen die oben genannten Literaturformen alle den hohen Stellenwert der Rechtsprechung im japanischen Recht.[67] Sie erfüllen wohl einen Teil der Funktionen, für die in Deutschland Kommentare zuständig sind.

---

dungen des japanischen Obersten Gerichtshofs aus dem Jahre 2018, Zeitschrift für Japanisches Recht 48 (2019), 245–268.

[61] Die kleinere ist Hanrei roppō, die größere Hanrei roppō professional. Beide erscheinen jährlich im Verlag Yūhikaku.

[62] In Japan werden Anmerkungen zu wichtigen Entscheidungen in großer Zahl und einer Vielzahl unterschiedlicher Formen veröffentlicht. Vgl. auch *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 386.

[63] *Nihon Fuhō Kōi-hō Kenkyū-kai,* Nihon fuhō kōi-hō risuteitomento [Restatement des japanischen Deliktsrechts], 1988.

[64] Vgl. *Nihon Fuhō Kōi-hō Kenkyū-kai,* Restatement (Fn. 63), 4.

[65] „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Recht oder rechtlich geschützte Interesse eines anderen verletzt, haftet für den Ersatz des daraus entstandenen Schadens."

[66] Zum japanischen Deliktsrecht in deutscher Sprache vgl. *K. Yamamoto,* Grundzüge des japanischen Schadenersatzrechts, 2018.

[67] Dazu vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 385 f.

2. Lehrbücher

a) Hoher Stellenwert

Zum Schluss ist auf den Stellenwert der Lehrbücher im Verhältnis zu den Kommentaren einzugehen. Gemeint sind damit nicht Kurzlehrbücher für Studenten, sondern umfangreiche Werke, die sich in erster Linie an Rechtswissenschaftler und Praktiker richten. Diese haben bei den Systematisierungs- und Dogmatisierungsprozessen eine viel wichtigere Rolle als Kommentare gespielt. In der Vorkriegszeit fand etwa die Dogmatisierung der Zivilrechtswissenschaft durch die oben erwähnte Theorienrezeption der deutschen Rechtswissenschaft, sieht man einmal von Aufsätzen und Monographien ab, ausschließlich auf Grundlage von Lehrbüchern statt. Auch in der Nachkriegszeit standen immer Lehrbücher, nicht Kommentare im Mittelpunkt der juristischen Meinungsbildung. Symbolisch ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass der Verlag Yūhikaku, der bei den Kommentaren seit langem den größten Marktanteil besitzt, in den 1950er Jahren zur Feier seines achtzigjährigen Jubiläums zunächst eine umfangreiche Lehrbuchreihe publizierte[68] und erst danach das Projekt der großen Kommentare begann.

Das Gleiche gilt auch für die Praxis: Im Zivilrecht etwa werden die Lehrbücher von *Sakae Wagatsuma,* einem führenden Zivilrechtler der Vor- und Nachkriegszeit, trotz der späteren Gesetzesreformen bis heute immer noch nachgedruckt. Dies liegt daran, dass Praktiker konfrontiert mit einer ungelösten Rechtsfrage auch heute zuerst seine Lehrbücher aufschlagen. Wie bereits ausgeführt, waren die großen Kommentare erster und zweiter Generation teilweise sehr einflussreich, sie waren jedoch nie die vorherrschende juristische Literaturgattung. Dies dürfte einen wichtigen Unterschied zum deutschen Recht bilden.

Ferner sind Kommentare auch bei Studenten nicht sehr beliebt. Zwar war dies früher gar nicht verwunderlich, denn die großen Kommentare sind für sie zu ausführlich.[69] Auch wenn es nun seit einiger Zeit verschiedene kleinere Kommentarreihen gibt, die hauptsächlich an Studenten gerichtet sind, bleiben nach wie vor Lehrbücher vorrangig.

b) Mögliche Hintergründe

Über die Gründe für den hohen Stellenwert der Lehrbücher im Verhältnis zu den Kommentaren kann man naturgemäß nur Vermutungen anstellen. Mit Blick auf das Zivilrecht sind mindestens folgende drei Erklärungen denkbar.

---

[68] Sie heißt Hōritsu-gaku zenshū [Reihe der gesamten Rechtswissenschaft] und hat mehr als 60 Bände.

[69] Vgl. *T. Kawashima,* in: Chūshaku minpō (3) shiori [Beiheft zum Kommentar des Zivilrechts, Bd. 3], 1973, 4 („Jurastudenten in Japan konzentrieren wohl alle ihre Kräfte auf die Lektüre von Lehrbüchern und schlagen niemals einen großen Kommentar wie den Kommentar des Zivilrechts von Yūhikaku auf“).

Erstens könnte dies an der nicht abgeschlossenen Systematisierung des Zivilrechts liegen. Da das Zivilgesetz das Pandektensystem zugrunde legt, folgen zwar die meisten Lehrbücher diesem System. Gleichwohl gibt es immer wieder Versuche, ein neues System zu erarbeiten. Abgesehen von mehreren Vorschlägen kleiner Systemänderungen[70] wollen einige einflussreiche Ansichten neben dem Vermögensrecht das „Personenrecht" als einen eigenen Rechtsbereich etablieren,[71] der das Namensrecht sowie sonstige Persönlichkeitsrechte, die Regelungen über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit, das Familienrecht usw. enthalten soll. Dieses Konzept ist großenteils vom französischen Recht beeinflusst. Zum anderen wird häufig versucht, den Allgemeinen Teil aufzulösen und in die jeweils relevanten Bereiche zu übernehmen.

Solche vom Pandektensystem abweichenden Systematisierungsansätze können vor dem Hintergrund der im Rahmen des Zivilrechts stattgefundenen Theorienrezeption als ein Versuch verstanden werden, die Herrschaft des deutschen Rechts zu relativieren und ein eigenes System zu bilden. Anders formuliert liegt die Offenheit der Systematisierung daran, dass es verschiedene ausländischen Einflussquellen gab und gibt. Diese Offenheit lässt sich nur durch ständige Systematisierungsversuche beseitigen oder abmildern, was nur im Rahmen von Lehrbüchern adäquat möglich ist. Hingegen sind Kommentare, die sich am Gesetzestext orientieren und insoweit dem bestehenden System folgen, kein passender Ort dafür.

---

[70] So wird etwa im Schuldrecht Allgemeiner Teil von manchen das „Vertragsinteresse" als Kern einer Forderung in den Vordergrund gerückt und vertragsrechtliche Regelungen wie Rücktritt oder Gefahrtragung mit einbezogen, um so den allgemeinen Teil des Vertragsrechts im materiellen Sinne zu konzipieren (*Y. Shiomi,* Saiken sōron [Schuldrecht Allgemeiner Teil], Bd. 1, 2. Aufl., 2003; Bd. 2, 3. Aufl., 2005). Von anderen wird das Vertragsrecht im materiellen Sinne konstruiert, indem Rechtsgeschäft, Schuldrecht Allgemeiner Teil und Vertragsrecht im engen Sinne zusammengenommen werden. So etwa *S. Kagayama,* Keiyaku-hō kōgi [Lehrbuch des Vertragsrechts], 2007; dieses Buch ist insoweit durchaus mit dem Lehrbuch von Hein Kötz (*H. Kötz,* Vertragsrecht, 2009) vergleichbar.

[71] *T. Hironaka,* Shinpan minpō kōyō dai 1 kan [Lehrbuch des Zivilrechts, Neuauflage, Bd. 1], 2006. Dort werden „das Recht der Person" und „das Recht des Vermögens" unterschieden, wobei diese jeweils über einen Kernbereich und einen Nebenbereich verfügten. Vgl. ferner *A. Ōmura,* „Hito no hō" kara mita fuhō kōi-hō [Deliktsrecht – vom Gesichtspunkt des „Personenrechts" aus betrachtet], Awaji Takehisa sensei koki shukuga [Festschrift für Takehisa Awaji zum 70. Geburtstag], 2012, 321–347. *Ders.,* Shin kihon minpō 1–8 [Neue Grundzüge des Zivilrechts, Bd. 1–8], 2014–2017 legt eine „personenorientierte Sichtweise" zugrunde, wonach „der Bereich der Person" (Familien-, Sachen- und Deliktsrecht), „Beziehungen zwischen Personen" (Vertragsrecht, Schuldrecht Allgemeiner Teil und Allgemeiner Teil des Zivilrechts) und „die Erweiterung und Verwendung der Person bzw. Beziehung" (Erb- und Sicherungsrecht) zu unterscheiden sind.

Zweitens könnte in dem hiesigen Zusammenhang von Bedeutung sein, dass das japanische Zivilgesetz mit etwas über 1000 Vorschriften[72] ziemlich knapp ist. Als Folge davon gibt es viele Bestimmungen, die als „generalklauselartig" zu bezeichnen sind.[73] Außer den Vorschriften für Treu und Glauben (Art. 1 Abs. 2[74]) und Sittenwidrigkeit (Art. 90[75]), die auch im BGB als Generalklauseln formuliert sind, ist insbesondere Art. 709[76] zu nennen, der nach dem Vorbild des französischen *Code civil* einen Generaltatbestand der Verschuldenshaftung vorsieht. Das Gleiche gilt mehr oder weniger auch für Art. 415[77] zur Vertragshaftung sowie Art. 703[78] und 704[79] zur ungerechtfertigten Bereicherung. In Bezug auf solche Vorschriften ist die an den Gesetzestexten orientierte Form des Kommentares nicht zielführend. Denn eine Kommentierung würde dabei unvermeidlich lehrbuchartig.

Vor diesem Hintergrund wird allgemein nicht für wichtig erachtet, unter welcher Gesetzesvorschrift ein bestimmtes Rechtsproblem einzuordnen ist, weil der Gesetzestext ohnehin häufig nichts Konkretes sagt. Vielmehr wird allein der Frage Bedeutung beigemessen, wie das Problem zu beurteilen ist und welche Elemente für die betreffende Rechtsfolge relevant sind. Die Beantwortung dieser Frage ist eine Aufgabe, die Lehrbücher zumindest genauso gut erfüllen können wie Kommentare. [80]

---

[72] Nach der Erbrechtsreform 2018 endet das Zivilgesetz mit Artikel 1050. Da es allerdings eine Reihe eingefügter Bestimmungen (nach Art. 423 folgen etwa Art. 423-2 bis 423-7) gibt, ist dies nicht die genaue Zahl der Vorschriften.

[73] Zum Stellenwert von Generalklauseln in der japanischen Zivilrechtsdogmatik vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 390 ff.

[74] „Die Ausübung von Rechten und die Erfüllung von Pflichten hat nach Treu und Glauben und redlich zu erfolgen."

[75] „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

[76] Vgl. oben Fn. 65.

[77] Vor der Zivilgesetzreform 2017 lautete er: „Erfüllt der Schuldner nicht dem Inhalt der Schuld entsprechend, so kann der Gläubiger den Ersatz des daraus entstandenen Schadens verlangen. Das Gleiche gilt, wenn die Erfüllung aufgrund von Umständen unmöglich geworden ist, die dem Schuldner zuzurechnen sind." Nach der Reform ist diese Vorschrift allerdings etwas komplizierter geworden. Das Zivilgesetz nach dieser Reform in deutscher Übersetzung findet sich in: *K. Yamamoto et al.,* Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes 2020 (Allgemeiner Teil, Schuldrecht), Zeitschrift für japanisches Recht 45 (2018), 183–305.

[78] „Wer ohne rechtlichen Grund aus dem Vermögen oder einer Dienstleistung eines anderen einen Vorteil erlangt und dem anderen dadurch einen Verlust zufügt (in diesem Abschnitt Bereicherter), ist in dem Maße zur Herausgabe verpflichtet, in dem er noch bereichert ist."

[79] „Der bösgläubige Bereicherte hat den erlangten Vorteil nebst Zinsen herauszugeben. Liegt in diesem Fall darüber hinaus ein Schaden vor, so hat er diesen zu ersetzen."

[80] Vgl. *Igarashi,* Beiheft (Fn. 31), 5 („Wenn eine nur sehr geringe Zahl von Vorschriften eine bedeutende Rolle spielt, wie es bei dem in dem vorliegenden Band behandelten Deliktsrecht der Fall ist, tritt die Unangemessenheit der Kommentarform um so mehr zu

Mit dieser Geringschätzung der Einordnungsarbeit hängt der dritte mögliche Hintergrund zusammen. Es wird nämlich manchmal als Charakteristikum der japanischen Zivilrechtsdogmatik genannt, dass der Gesetzestext teilweise eher geringgeschätzt wird, um pragmatische Erwägungen zur Geltung zu bringen.[81] Nun darf dieser Aspekt keinesfalls überbewertet werden: Normalerweise geht man auch in Japan vom Gesetzestext aus, genauso wie im deutschen Recht oder in anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Allerdings lässt sich teilweise in der Tat eine gewisse Tendenz zur Geringschätzung beobachten: Ein naheliegendes Beispiel ist die Vorschrift für die Gehilfenhaftung. § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt bekanntlich den Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn zu, was seit langem rechtspolitisch für problematisch gehalten wird.[82] Nun stipuliert Art. 715 des Zivilgesetzes[83] fast das Gleiche. Und trotzdem lassen die Gerichte kaum eine Exkulpation zu. Es ist herrschende Ansicht, dass der Entlastungsbeweis durch die Rechtsprechung praktisch außer Kraft gesetzt worden ist.[84] In der Literatur wird diese Rechtsprechung damit gerechtfertigt, dass die Gehilfenhaftung mit den Elementen der Risikobeherrschung sowie Nutzenziehung von der Nähe zur Gefährdungshaftung geprägt ist.[85] Es gibt zwar einige abweichende Meinungen, wonach es nicht angemessen sei, den Entlastungsbeweis in jedem Fall auszuschließen,[86] andererseits wird kaum behauptet, dass diese Rechtsentwicklung deshalb ungerechtfertigt sei, weil sie das positive Gesetz unterlaufe.

Tage. Nimmt die Kommentierung des Art. 709 allein mehrere hundert Seiten ein, ist es wohl sinnlos, dort von einem Kommentar zu sprechen.“).

[81] Dies hängt tief mit der bis zu 1970er Jahren im japanischen Zivilrecht sehr einflussreichen juristischen Denkweise zusammen, die als „Interessenabwägungslehre“ bezeichnet wird. Dazu sowie zu ihrer Relativierung in der folgenden Zeit näher vgl. *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre (Fn. 4), 375 ff.

[82] *G. Wagner,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2017, § 831 Rn. 1 ff. m.w.N.

[83] „(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung heranzieht, haftet für den Ersatz des Schadens, den dieser Gehilfe einem Dritten in Ausführung der Verrichtung zufügt. Dies gilt nicht, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl des Gehilfen und bei der Beaufsichtigung der Verrichtung angemessene Sorgfalt angewendet hat oder der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er angemessene Sorgfalt angewendet hätte.

(2) Auch wer anstelle des Geschäftsherrn die Verrichtung beaufsichtigt, haftet nach Abs. 1.

(3) Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 stehen der Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs durch den Geschäftsherrn oder Beaufsichtigenden gegen den Gehilfen nicht entgegen.“

[84] Vgl. *Y. Shiomi,* Fuhō kōi-hō II [Deliktsrecht, Bd. 2], 2. Aufl., 2011, 43 m.w.N. In englischer Sprache vgl. *F. Nagano,* Japan, in: H. Koziol (Hg.), Comparative Stimulations for Developing Tort Law, 2015, Rn. 7/1 f.

[85] *Shiomi,* Deliktsrecht (Fn. 84), 43 f.; vgl. auch *Yamamoto,* Grundzüge (Fn. 66), Rn. 656.

[86] Gemeint sind Fälle, in denen die Beschäftigung des Gehilfen nur vorübergehend oder innerhalb einer Familie stattfindet. Vgl. *Nagano,* Japan (Fn. 84), Rn. 7/12 m.w.N.

Ein anderes Beispiel, das beim Vergleich zwischen japanischem und deutschem Recht interessant sein kann, ist der Beginn der Verjährungsfrist von deliktischen Schadensersatzansprüchen: Bei diesen fängt nach § 199 Abs. 2 und 3 BGB die lange dreißigjährige Frist ab dem Zeitpunkt der „Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis“ zu laufen an. Diesen Zeitpunkt verstehen die deutschen Juristen ganz wörtlich, so dass es durchaus vorkommen kann, dass der Schadensersatzanspruch vor dem Schadenseintritt verjährt,[87] was den eigentlichen Sinn und Zweck der haftungsrechtlichen Regelungen zu vereiteln scheint.[88] Nun sieht das japanische Zivilgesetz für deliktische Schadensersatzansprüche eine Verjährungsfrist von 20 Jahren vor,[89] die „ab dem Zeitpunkt der unerlaubten Handlung“ zu laufen beginnt. Dieser Beginn ist also dem Wortlaut nach dem der oben erwähnten Dreißigjahresfrist im BGB vergleichbar. Und doch wird er anders verstanden: Der japanische Oberste Gerichtshof hat in einem Fall, wo es um eine Staublunge ging, entschieden, dass die Zwanzigjahresfrist ab dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung läuft, wenn der Schaden zu diesem Zeitpunkt entsteht. Wenn es jedoch um einen Fall geht, in dem der Schaden seiner Natur nach erst lange Zeit nach der schädigenden Handlung entsteht, so ist der Zeitpunkt als Beginn anzusehen, in dem dieser Schaden oder ein Teil davon entsteht.[90] Auch diese Rechtsprechung findet in der Literatur wegen ihres als angemessen empfundenen Ergebnisses weitgehende Zustimmung. Somit zeigt der japanisch-deutsche Vergleich wieder einmal einen klaren Kontrast. Nun könnte dies zum einen durchaus an unterschiedlichen sachlichen Wertentscheidungen liegen: Es könnte also sein, dass in Deutschland die Rechtssicherheit so hochgeschätzt wird, dass der Schutz von individuellen Rechtsgütern in den Hintergrund tritt, während die japanischen Juristen auf die gerechte Lösung des konkreten Falls größeren Wert legen. Im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage ist jedoch zum anderen auch denkbar, den Unterschied dahingehend zu verstehen, dass die deutschen Juristen sich strenger an den Gesetzestext gebunden fühlen, wohingegen in Japan die Rechtsfortbildung über die Grenze der Gesetzestexte hinaus viel großzügiger zugelassen wird.

Wenn aus der obigen Ausführung geschlussfolgert werden kann, dass in der japanischen Rechtsordnung den Gesetzestexten nur relativ geringe Autorität beigemessen wird, so bedeutet dies, dass es nicht weiterführend ist, sich

---

[87] So z.B. *H. Grothe,* in: MüKo BGB (Fn. 82), 7. Aufl., 2015, § 199 Rn. 51 f.

[88] Dazu zu Recht kritisch etwa *H. Koziol,* Der Beginn schadenersatzrechtlicher Verjährungsfristen, in: Festschrift für Egon Lorenz zum 80. Geburtstag, 2014, 653–666.

[89] Allerdings verstand die Rechtsprechung diese Frist als Ausschlussfrist, was in der Literatur durchgehend kritisiert wurde. Nach der Zivilgesetzreform 2017 ist es dem Wortlaut der Vorschrift nach unzweideutig klar, dass es sich bei dieser Zwanzigjahresfrist um eine Verjährungsfrist handelt.

[90] OGH, 27.4.2004, Minshū 58-4, 1032.

am Gesetzestext zu orientieren.[91] Dann aber ist es kaum verwunderlich, dass Kommentare im Vergleich zu Lehrbüchern immer die zweite Geige gespielt haben und auch heute noch spielen.

V. Schluss

Die obige Untersuchung lässt somit vermuten, dass der Stellenwert der Kommentare in einer Rechtsordnung widerspiegelt, inwieweit die Systematisierung gefestigt ist und welche Autorität dem Gesetzestext zukommt. Ob ein ähnlicher Zusammenhang auch in anderen Rechtsordnungen zu beobachten ist, ist aus rechtsvergleichender Sicht eine sehr interessante Frage, auf die dieser Band vielleicht bereits eine Antwort gibt.

---

[91] Ähnlich *Igarashi,* Beiheft (Fn. 31), 5 (Gegen die Kommentarform wird angeführt, dass „die realistische Sichtweise immer mehr an Einfluss gewinnt, wonach die Lösung nicht durch die Anwendung von Rechtsvorschriften gewonnen wird, sondern die Heranziehung von Vorschriften nur ein Mittel darstellt, eine im konkreten Fall angemessene Lösung zu rechtfertigen.“).

Juristische Kommentare in Polen

Ausländische Standards und die Suche nach einem eigenen Stil

Wojciech Dajczak

I. Einführung

Die Frage nach der Einordnung der Rechtskultur Polens in eine rechtsvergleichende Systematik wird häufig übergangen und ist nur schwer richtig zu beantworten. Diese Schwierigkeiten lassen sich nur dann wirklich verstehen, wenn man einzelne Perioden der polnischen Rechtsgeschichte deutlich unterscheidet.

Die Entwicklung beginnt mit einer ersten langen Phase vom Spätmittalter über den Verlust der Unabhängigkeit infolge der Teilungen im Jahr 1795 bis hin zum Ersten Weltkrieg; sie ist geprägt durch die praktische Irrelevanz und geringe wissenschaftliche Bedeutung des *ius commune,* wobei im 19. Jahrhundert polnisches Recht in den unterschiedlichen Teilungsgebieten allmählich von den unterschiedlichen Rechten der Teilungsmächte (russisches Recht; ALR; ABGB; BGB) ersetzt wurde. Die zweite kurze Periode bildeten zwei Jahrzehnte zwischen den Weltkriegen, während derer das souveräne Polen sich bemühte, die in den einzelnen ehemaligen Teilungsgebieten geltenden deutschen, österreichischen, französischen und russischen Rechte

durch ein einheitliches, modernes polnisches Recht zu ersetzen. Die nächste Phase der polnischen Rechtskultur bildeten die 54 Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg; prägend waren hier weitgehende Einschränkungen der juristischen Diskussion und ein signifikanter Bedeutungsverlust klassischer Rechtsinstitute. Die politische Wende des Jahres 1989 gilt symbolisch als Zäsur, die die praktische Rückkehr der polnischen Rechtsordnung zur europäischen Rechtstradition möglich gemacht hat.[1] Die seit 30 Jahren andauernde Modernisierung des Rechts und der Rechtsanwendung ist von den juristischen Fortschritten der Zwischenkriegsperiode,[2] der fortdauernden wissenschaftlichen und praktischen Autorität der vor der Wende hoch angesehenen Juristen, von tiefgreifenden sozialen, ökonomischen und technologischen Änderungen und nicht zuletzt von der fortschreitenden europäischen Integration beeinflusst. Diese Periodisierung der polnischen Rechtsgeschichte bildet im Folgenden den Ausgangspunkt für eine Antwort auf die Frage nach der polnischen Erfahrung vom Verständnis und der praktischen Relevanz des Kommentars als einer besonderen Form juristischer Literatur.

In der juristischen Debatte vor den Teilungen (16. bis 18. Jahrhundert) bilden systematische Gesamtdarstellungen oder Darstellungen einzelner Teilbereiche der Rechtsordnung die charakteristische Literaturform der polnischen Jurisprudenz.[3] Das Interesse für diese Form juristischer Literatur zeigt sich auch in der 1786 entstandenen polnischen Übersetzung des vierten Buchs der „Commentaries on the Laws of England“ von *William Blackstone.*[4] Kommentare blieben im System eines nicht kodifizierten Rechts und angesichts der geringen Relevanz des *ius commune* polnischen Juristen unbekannt und wurden erst zur Zeit der Teilungen veröffentlicht. Die wenigen Kommentare dieser Periode erläuterten Gesetze mit einem nur beschränkten Geltungsbereich wie das Hypothekengesetz von 1818 für das sogenannte Kongresspolen[5]

---

[1] Zum Beispiel *W. Dajczak,* Historical development of private law in Poland, in: ders./A. J. Szwarc/P. Wiliński (Hg.), Handbook of Polish Law, 2011, 42–58, 46 f.

[2] Vgl. *L. Górnicki,* Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939, 2000, 58 f.

[3] Zum Beispiel *J. Cervus Tucholienis,* Farrago actionum civilis iuris Magdeburgensis, secundum consuetudinem iamdudum in Regno Poloniae observantam, nunc primum ad communem utilitatem excussa, Cracoviae, 1531; *T. Ostrowski,* Prawo cywilne narodu polskiego z statutów i konstytucji koronnych i litewskich zebrane, Bd. 1–2, Warszawa, 1787 (deutsche Übers.: Civilrecht der Pohlnischen Nation aus den pohlnischen und lithauischen Statuten und Constitutionen zusammengetragen, Erster Teil 1797, Zweiter Teil 1802).

[4] Prawa kryminalne angielskie przez Wilhelma Blakstona zebrane a przez ks. T. Ostrowskiego S. P. wytłumaczone i uwagami do prawa polskiego stosowanemi pomnożone, Bd. 1–2, Warszawa, 1786.

[5] Vgl. *W. Dutkiewicz,* Prawo hipoteczne w Królestwie Polskim, Warszawa, 1850.

oder finden ihre Ursache in der sprachlichen und politischen Autonomie der Teilungsgebiete wie beim polnischsprachigen Kommentar zum ABGB.[6]

Als Polen im November 1918 seine Souveränität wiedererlangte und allmählich auch eine nationale Gesetzgebung entstand, eröffnete sich eine neue Phase für eine Kommentarliteratur. Die bibliographischen Register dieser Literatur zeugen von einer großen Vielfalt der Kommentare in der Zwischenkriegsperiode; ein gleiches Bild bietet sich seit den 1990er Jahren. Demgegenüber fallen Zahl und Spektrum der Kommentare zwischen 1945 und 1989 viel bescheidener aus. Nationale Gesetze bildeten also eine Voraussetzung juristischer Kommentare, doch hat erst die Freiheit der öffentlichen Diskussion es möglich gemacht, dass diese Literatur auch florieren konnte. Das spricht dafür, nähere Erläuterungen zu polnischen Kommentaren auf die drei rechtskulturellen Perioden des letzten stürmischen Jahrhunderts zu beschränken, wobei ich mich aus Gründen der Kohärenz auf das Privatrecht konzentriere. Dabei unterscheide ich zwischen dem Selbstverständnis der Kommentarautoren, also einer inneren Perspektive, und einer externen Perspektive auf diese Werke, insbesondere ihrem Publikations- und Anwendungskontext.

Die innere Perspektive lässt sich nach unterschiedlichen Kommentarfunktionen wie etwa der Erläuterung, Information, Selektion, Strukturierung, Dogmatisierung, Aktualisierung, Stabilisierung, Relativierung und Erneuerung gliedern.[7] Angesichts der dynamischen Veränderungen der polnischen Rechtsordnung und Rechtskultur ist indes die Frage interessanter, wie die polnischen Kommentatoren auf prägende Ereignisse reagierten; dazu gehören die Vereinheitlichung und Rekodifizierung klassischer juristischer Materien wie des Zivilrechts, bedeutende soziale, politische oder ökonomische Änderungen des geltenden Rechts einschließlich einiger Novellierungen des Gesetzbuchs und einschneidender Änderungen von Spezialgesetzen, nicht zuletzt aber auch eine relativ lange Geltung des kommentierten Gesetzbuchs. Zum inneren Aspekt von Kommentaren gehört zudem die Frage einer kommunikationsfreundlichen Form des Kommentars, also der Stil oder die Stile der Kommentierung und die Gründe für die Entscheidung für diese Literaturform.

Bei der externen Perspektive auf die Kommentare geht es in der polnischen Praxis demgegenüber vor allem um drei Probleme: erstens um den Zusammenhang von Kommentierungsaktivitäten und Publikationsmöglichkeiten; zweitens um die erneute praktische Relevanz einiger alter Kommentare nach der Wende des Jahres 1989; und drittens um den Einfluss von Kommentaren auf die dogmatische Diskussion und die höchstrichterliche Rechtsprechung.

---

[6] Vgl. *S. Wróblewski,* Komentarz do austriackiego kodeksu cywilnego, Bd. 1 (§§ 1–937), 1904; Bd. 2 (§§ 931–1502), 1918.

[7] *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 312–332.

Auf dieser Grundlage lässt sich die Frage polnischer Erfahrungen zum Verständnis und zur praktischen Relevanz von Kommentaren beantworten.

II. Die innere Perspektive auf juristische Kommentare

1. Das Kommentieren nach der Vereinheitlichung und Rekodifizierung des Zivilrechts

a) Das Obligationengesetzbuch von 1933

Zu den Aufgaben der im Juni 1919 etablierten Kodifikationskommission gehörte die Vereinheitlichung des Zivilrechts, das nach der Wiedererlangung der staatlichen Souveränität ein Mosaik aus in den ehemaligen Teilungsgebieten geltenden Gesetzen wie dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), dem *Code Napoléon* und dem ersten Teil des X. Bandes des russischen *Svod Zakonow* bildete. Abgeschlossen wurde die Vereinheitlichung des klassischen Zivilrechts allerdings zunächst nur im Schuldrecht; hier trat am 1. Juli 1934 das Obligationengesetzbuch (OG) in Kraft.

Die Verfasser des ersten umfassenden Kommentars zu diesem Gesetz[8] setzten sich in ihrem Werk zum Ziel, „die Gefahr der Anpassung der Vorschriften des Gesetzes an die Routine der Juristen zu verhindern“, die sich zuvor bei der Anwendung der fremden Zivilgesetze gezeigt hatte. Ihre Methode war deshalb an der *ratio legis* der einzelnen Vorschriften ausgerichtet, die sie auch im Rückgriff auf Materialien der Kodifikationsdebatten suchten.[9] Die Rezensenten des Werkes betonten einhellig die hohe praktische Bedeutung der von den Kommentatoren beabsichtigten Vereinheitlichung des juristischen Denkens und beurteilten sie durchweg als positiv.[10]

Die Absicht, ein einheitliches Verständnis schuldrechtlicher Begriffe zu etablieren, ist auch in dem „Theoretisch-praktischen Kommentar“ sichtbar, der ebenfalls im Jahr 1936 von einem Mitreferenten des Obligationengesetzbuchs veröffentlicht wurde.[11] Die in diesem Werk verwendete Kommentarmethode zeichnet sich dadurch aus, dass die Erläuterungen – anders als in Kommentaren sonst üblich – keine einzelnen Vorschriften des Referenztextes begleiten, sondern nach – vom Verfasser formulierten – dogmatischen Fragen

---

[8] *J. Korzonek/I. Rosenblüth,* Kodeks Zobowiązań. Komentarz, Bd. 1, 2. Aufl., 1936, V.

[9] *Korzonek/Rosenblüth,* Kodeks (Fn. 8), VII.

[10] *A. Ohanowicz,* Rezension: J. Korzonek/I. Rosenblüth, Kodeks Zobowiązań, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 14 (1934), Heft 4, 870–871; *I. Schönbach,* Rezension: J. Korzonek/I. Rosenblüth, Kodeks Zobowiązań, Przegląd Prawa i Administracji 59 (1934), 332.

[11] Vgl. *A. Ohanowicz*, Rezension: L. Domański, Instytucje Kodeksu Zobowiązań, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 18 (1938), Heft 4, 767–769, 769.

des allgemeinen Teils des Schuldrechts wie z.B. „Quellen der Schulverhältnisse“,[12] „Beschränkungen der Vertragsfreiheit“[13] oder „Natur und Begriff des Schuldverhältnisses“[14] systematisiert sind. Dabei gründet sich das einheitliche Verständnis des neuen Gesetzes zum einen auf „allgemeine Bemerkungen“ zu jeder Frage, in denen der Verfasser Rechtsprinzipien nicht nur durch Hinweise auf römische Quellen und ihre Parallelen, sondern auch auf Abweichungen von den früher auf polnischen Territorien geltenden Zivilgesetzbüchern belegt. Zum anderen berücksichtigt der Kommentar durchgehend die Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschriften, wobei er sich mitunter polemisch mit der Begründung des Obligationengesetzbuchs auseinandersetzt,[15] die privat von seinem Hauptreferenten in den Jahren 1934 bis 1939 publiziert worden war.[16]

b) *Der erste Kommentar zum Zivilgesetzbuch von 1964*

Die aus den Teilungen resultierte Rechtszersplitterung wurde im Sachen-,[17] Familien-[18] und Erbrecht[19] sowie im Allgemeinen Teil des Privatrechts[20] erst mit den Dekreten von 1945 bis 1946 überwunden. Diese Dekrete beruhten in vielen Punkten auf Entwürfen, die bereits vor dem Krieg ausgearbeitet waren. Der Mangel an praktischen Kommentaren zum vereinheitlichten Recht[21] inspirierte allerdings erst 1958 ein Werk, das „sozusagen ein Surrogat der Veröffentlichungen in der Form eines Kommentars“ darstellte.[22] Es sammelte in zwei Bänden Leitsätze der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu Vorschriften des Obligationengesetzbuchs und der zivilrechtlichen Dekrete, wobei die Autoren auch die in juristischen Zeitschriften publizierten Anmerkungen zu den zitierten Urteilen berücksichtigten und auf relevante Literatur

---

[12] *L. Domański,* Instytucje Kodeksu Zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny, 1936, 7–24.

[13] *Domańsk*i, Instytucje (Fn. 12), 25–38.

[14] *Domański,* Instytucje (Fn. 12), 39–53.

[15] Zum Beispiel *Domański,* Instytucje (Fn. 12), 136 f.

[16] Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu w opracowaniu głównego referenta projektu Prof. Romana Longchamps de Berier. Art. 1–167, 1934; Art. 168–238, 1935; Art. 239–293, 1936; Art. 294–369, 1937; Art. 370–440, 1939.

[17] Sachenrecht, Dekret vom 11.10.1946.

[18] Eherecht, Dekret vom 25.9.1945; Ehegüterrecht, Dekret vom 29.5.1946.

[19] Erbrecht, Dekret vom 8.10.1946.

[20] Allgemeine Vorschriften des Zivilrechts, Dekret vom 12.11.1946.

[21] Im Jahr 1949 wurde ein neuer Kommentar zum Obligationengesetzbuch veröffentlicht: *J. Namitkiewicz,* Kodeks zobowiązań. Komentarz dla praktyki, Bd. 1–2, 1949. Die praktische Relevanz dieses in einem lokalen Verlag publizierten Kommentars war jedoch sehr beschränkt.

[22] *W. Święcicki* (Hg.), Prawo cywilne z orzecznictwem, literaturą i przepisami związkowymi, Bd. 1, 1958, 3.

hinwiesen. Von der Form eines Kommentars wollten die Autoren ihr Werk unterschieden wissen, weil sie auf eigene kritische Äußerungen zur Auslegung der einzelnen Vorschriften verzichteten.[23]

Das Mosaik der polnischen zivilrechtlichen Gesetze wurde am 1. Januar 1965 durch das Zivilgesetzbuch (ZGB) ersetzt.[24] 1966 begannen die Richter des Obersten Gerichtshofes (OGH), die zugleich größtenteils auch Juraprofessoren waren, mit Vorbereitungsarbeiten zum Kommentar des neuen Gesetzbuchs.[25] Die Gruppe von über dreißig Autoren verfasste innerhalb von fünf Jahren einen Kommentar, der 1972 in drei Bänden erschien. Dabei verstanden sie die neue Kodifikation als wichtige inhaltliche Änderung des Zivilrechts, die sie der Rechtspraxis im Interesse einer einheitlichen Auslegung „in erster Reihe, in der Form eines Kommentars […] zu allen Vorschriften des Gesetzbuchs" erläutern wollten. Der Kommentarstil zeichnet sich daher durch Hinweise auf das frühere Recht sowie durch regelmäßige Aussagen zur Kontinuität oder Diskontinuität der Vorschriften des Obligationengesetzbuchs oder der Dekrete einerseits und den Artikeln des Zivilgesetzbuchs andererseits aus.[26] Dem einheitlichen Verständnis des neuen Gesetzes diente zudem die kritische Berücksichtigung von Rechtsprechung und Lehre bei den jeweiligen Vorschlägen einer „richtigen" Lösung von Streitfragen.

Ähnlich wie in der Zwischenkriegsperiode war der Rückgriff auf die Kommentarform von dem rechtspolitischen Wunsch nach einer einheitlichen und aktualisierten Rechtsanwendung getragen. Wichtig für die zentrale Rolle eines Kommentars in einer Zeit grundsätzlicher Änderungen des Zivilrechts scheint daher die Tatsache, dass die Verfasser des Kommentars von 1972 noch vor dem Jahr 1939 ihre juristische Ausbildung oder Karriere begonnen hatten. Dabei unterschieden sich der neue Kommentar und die Standardkommentare der 1930er Jahren vor allem durch die breite Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und durch das Fehlen von Hinweisen auf Vorbereitungsarbeiten zum Zivilgesetzbuch. Während den Kommentatoren des Obligationengesetzbuchs der Zwischenkriegszeit nämlich keine aktuelle Rechtsprechung zur Verfügung stand,[27] wurde das Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs von 1964 von keiner Ausfertigung und Veröffentlichung seiner Motive begleitet.

---

[23] *Święcicki,* Prawo (Fn. 22), 3.

[24] Das Gesetzbuch weist eine pandektistische Struktur auf, das Familienrecht wurde aber separat kodifiziert.

[25] *Z. Resich et al.* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, 1972, Bd. 1, 8.

[26] Für die Kontinuität z.B. *Resich et al.,* Kodeks (Fn. 25), Bd. 1, 75; Bd. 2, 1155, 1254; für die Diskontinuität z.B. *Resich et al.,* Kodeks (Fn. 25), Bd. 1, 167, 362; Bd. 3, 1922.

[27] Vgl. *Korzonek/Rosenblüth,* Kodeks (Fn. 8), V u. VII.

c) Rechtsänderungen nach 1989

Die politische Wende des Jahres 1989 bedeutete nach 50 Jahren eine Rückkehr zu politischer und ökonomischer Freiheit. An die zentrale Rolle des öffentlichen Eigentums trat wieder das Privateigentum, so dass das Zivilgesetzbuch von 1964 in einem ganz neuen Geltungskontext stand. Mit der Novellierung des Gesetzbuchs am 28. Juli 1990 kam es zu einer Aufhebung ideologisch gefärbter Vorschriften und zur Wiederkehr schuldrechtlicher Institute mit zentraler Bedeutung für die Marktwirtschaft wie etwa der Vertragsfreiheit oder der Klausel *rebus sic stantibus*.[28] Diese sogenannte Juli-Novelle hat einen bis heute andauernden Prozess der Modernisierung des Zivilgesetzbuchs eingeleitet, der in den darauffolgenden Jahren von der Europäisierung des polnischen Rechts sowie ökonomischen und technologischen Neuerungen geprägt war.

Anders als das Obligationengesetzbuch nach 1945 wurde das Zivilgesetzbuch in dem neuen praktischen Kontext von einem regelrechten Aufschwung auf dem Markt juristischer Literatur begleitet. Eine praxisorientierte Form neuer Veröffentlichungen bildeten dabei zunächst regelmäßig aktualisierte Texte des Gesetzbuchs, die bisweilen auch als Sammlungen der wichtigsten zivilrechtlichen Gesetze mit kurzen Einführungen oder Erläuterungen publiziert wurden.[29] Kennzeichnend für diese Literatur war das Bemühen um die Aktualität der Gesetzestexte; weitergehende Erläuterungen zur Bedeutung der Änderungen für das Verständnis zivilrechtlicher Begriffe und Institute finden sich dort nicht.[30] Ein anschauliches Beispiel bildet der 1996 publizierte kurze

---

[28] Dz.U. [Das polnische Gesetzblatt], Nr. 55, Pos. 321.

[29] Vgl. *G. Pogonowska/D. Borsuk-Zawadzka* (Hg.), Kodeks cywilny, kodeks postępowania cywilnego; konsultacja Stanisław Gurgul. Stan prawny na dzień 1.10.1990, 1990; *S. Wójcik,* Kodeks cywilny. Stan prawny na dzień 1 listopada 1990, 1990; *E. Derbin* (Hg.), Kodeks cywilny: stan na dzień 1.6.1991, 1991; *K. Grajewski/P. Kierończyk* (Hg.), Kodeks cywilny. Stan prawny na 1. Stycznia 1992, 1992; *S. Wójcik/A. Mączyński/K. Zawada* (Hg.), Kodeks cywilny, kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawa o księgach wieczystych i hipotece, prawo prywatne międzynarodowe. Stan prawny na 1 września 1993, 1993; *A. Walczak* (Hg.), Kodeks cywilny. Stan prawny na 20 kwietnia 1994, 1994; *J. Pietrzykowski* (Hg.), Kodeks cywilny, prawo prywatne międzynarodowe: aktualny tekst, omówienie zmian, skorowidz rzeczowy. Stan prawny na dzień pierwszego czerwca 1995, 1995; *K. Marszał* (Hg.), Kodeks cywilny, kodeks rodzinny i opiekuńczy, księgi wieczyste i hipoteka, prawo prywatne międzynarodowe. Stan prawny na dzień 1 września 1995, 1995; *W. Jaślan* (Hg.), Kodeks cywilny, przepisy wprowadzające, najnowsze zmiany wchodzące w życie 28 grudnia 1996, 1996; *D. Salamończyk* (Hg.), Kodeks cywilny, kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawa o własności lokali, ustawa o najmie lokali mieszkalnych, ustawa o księgach wieczystych i hipotece, ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, prawo prywatne międzynarodowe. Stan prawny na 1 stycznia 1997, 1997.

[30] Das Problem wurde in der damaligen Fachdebatte fragmentarisch thematisiert und diskutiert, z.B. *M. Safjan,* Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni

Teilkommentar zu den Änderungen des Zivilgesetzbuchs von 1990 bis 1995, der die ersten Novellierungen des Gesetzbuchs 1990 und 1991 als grundlegend und wichtig beurteilt.[31] Der 30 Seiten umfassende Kommentar beschränkt sich auf knappe Erläuterungen der neuen oder geänderten Vorschriften und Verweisungen auf einschlägige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und dogmatische Literatur. Dabei erläutert er Neuerungen häufig mit allgemeinen Verweisen auf das frühere polnische Recht oder die Rechtsprechung; charakteristisch sind Formulierungen wie „die Rückkehr des Prinzips des Art. 106 der Allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts 1950",[32] oder „die Rückkehr der Klausel *rebus sic stantibus* nach Art. 269 OG in modifizierter Form". An die Stelle der hier gut erkennbaren Einbettung der Änderungen nach der Wende von 1989 in eine weitere Perspektive der Entwicklung des polnischen Zivilrechts tritt in den seit den späteren 1990er Jahren immer zahlreicheren Kommentaren die Tendenz, Kommentieren als kontinuierliche und aktualisierende Erläuterung des seit 1965 geltenden Gesetzestextes zu verstehen.

2. Kommentare zum Zivilgesetzbuch

a) Kommentare vor der Wende 1989

Der nach der Rekodifizierung entstandene Kommentar von 1972 und die Entwicklung der übrigen Rechtsliteratur gaben Anlass zu einer Reflexion über das Konzept eines neuen Kommentars.[33] Praktisch hatte die Idee eines kurzen, praxisfreundlichen Kommentars gesiegt, die vor der Wende von 1989 durch zwei Ausgaben eines Kommentars (1. Auflage 1980; 2. Auflage 1989) verwirklicht worden war.[34] Die Autoren dieses Kommentars waren überwiegend Professoren der juristischen Fakultät von Toruń (Thorn), die als Inspirationsquelle für ihren Kommentarstil „einige Kommentare der Zwischenkriegsperiode und der ersten Jahren nach dem Weltkrieg sowie ähnliche ausländische Kommentare" nannten.[35] Die praktische Klarheit ihres Kommentars gründete sich auf vier Prinzipien: einen Verzicht auf Literaturnachweise; die Konzentration auf praxisrelevante Fragen; die intensive Berücksichtigung veröffentlichter Rechtsprechung samt kritischer Besprechung kontroverser

---

Art. 353[1] k.c.), Państwo i Prawo 47 (1993), Heft 4, 12–19; *A. Stelmachowski,* Zarys teorii prawa cywilnego, 1998, 78–80.

[31] *M. Nesterowicz,* Kodeks Cywilny. Ustawa o Księgach wieczystych i Hipotece. Z komentarzem do zmian ustawodawczych, 1996, 3.

[32] *Nesterowicz,* Kodeks (Fn. 31), 9 mit Bezug auf ein 1950 erlassenes Gesetz zu Allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts.

[33] Vgl. *J. Winiarz,* Przedmowa, in: ders. (Hg.), Kodeks cywilny z komentarzem, Bd. 1, 2. Aufl., 1989, 3–4, 3.

[34] *Winiarz,* Przedmowa (Fn. 33).

[35] *Winiarz,* Przedmowa (Fn. 33), 4.

Entscheidungen; und schließlich ein „synthetischer“ Kommentarstil, wonach einzelne Artikel ohne Abstimmung der Standpunkte aller Autoren erläutert waren, wenn auch mit Hinweisen auf dogmatische Kontroversen.[36] Der Stil dieses Kommentars ähnelt einigen gegen Ende der 1930er Jahre veröffentlichten Kommentaren zu den Gesetzbüchern, die seit Anfang dieses Jahrzehnts – also damals deutlich länger als das Obligationengesetzbuch – in Geltung standen.[37] Der Zweck solcher Kommentare bestand in einer Darstellung der jeweils einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Form knapper, systematisch angelegter dogmatischer Erläuterungen.

b) Die Kontinuität der alten Kommentare zum ZGB nach 1989

Als „eine Art Anknüpfung“ an das erwähnte Werk von 1989[38] hat einer seiner Autoren den im Jahr 2003 veröffentlichten Kommentar zum Allgemeinen Teil des ZGB beschrieben.[39] Die Autoren dieses vierbändigen Kommentars, die zur nächsten Generation der OGH-Richter gehörten, betonten die Kontinuität zwischen dem ersten ZGB-Kommentar von 1972 und dem 25 Jahre später publizierten Werk. Das Kernziel ihres neuen Kommentars sahen sie darin, das „Erbe des juristischen Denkens“ der vor 25 Jahren tätigen Kommentatoren zu bewahren, und in einer nötigen Aktualisierung aufgrund wichtiger Systemänderungen, teils durchaus stürmischer Entwicklungen in der Rechtsprechung und der dogmatischen Debatte.[40] Beiden Kommentaren ging es also um eine aktualisierende Fortsetzung früherer Werke und damit um eine Brücke zwischen den Kommentaren zum ZGB vor und nach der politischen Wende.

c) Die Kommentare zum ZGB seit dem Ende der zweiten Hälfte der 1990er Jahre

Die dynamische Entwicklung der Kommentare zum ZGB seit der zweiten Hälfte der 1990er Jahre bis heute geht mit der Gründung der Tochterunternehmen einiger großer internationaler juristischer Verlage in Polen einher. Dazu zählen Wydawnictwo C.H. Beck, LexisNexis Polska und Wolters Kluwer Polska. In der Reihe Große Beck Kommentare des polnischen C.H. Beck-Verlags stehen heute zwei Kommentare zum ZGB, der eine in zwei,[41] der

[36] *Winiarz,* Przedmowa (Fn. 33), 3.

[37] Zum Beispiel *S. Kruszelnicki,* Kodeks postepowania cywilnego. Art. 1–507 z komentarzem, 1938, V.

[38] *Winiarz,* Przedmowa (Fn. 33).

[39] *K. Piasecki,* Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Cześć ogólna, 2003, 23.

[40] *S. Dmowski/S. Rudnicki,* Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna, 3.

[41] *K. Pietrzykowski* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, Bd. 1: Art. 1–449, 9. Aufl., 2018; Bd. 2: Art. 450–1088, 8. Aufl., 2018.

andere in drei Bänden.[42] In der Reihe Kommentare des Privatrechts finden sich ein Kommentar in vier Bänden[43] sowie ein seit Anfang des Jahrhunderts regelmäßig aktualisiertes einbändiges Werk.[44] LexisNexis brachte während seiner Zeit auf dem polnischen Markt (bis 2014) einen einbändigen und einen vierbändigen Kommentar zum ZGB heraus. Letzteren setzt heute Wolters Kluwer Polska als sechsbändiges Werk fort;[45] daneben hat der Verlag noch zwei weitere Kommentare zum ZGB auf den Markt gebracht.[46]

Die Autoren dieser Verlage erklären den Stil ihrer Kommentare ausnahmslos mit deren Praxisorientierung. Wie in der früheren Kommentarpraxis zum ZGB steht deshalb die Rechtsprechung im Vordergrund; die praktische Färbung der Werke gilt als Grenze[47] oder Gleichgewichtsfaktor[48] bei der Berücksichtigung dogmatischer Debatten. Einige Herausgeber betonen zudem die Problemorientierung ihrer Werke.[49] Gleichwohl bestehen erhebliche Unterschiede in der Verwissenschaftlichung der Kommentare, die exemplarisch im Vergleich zweier Vorworte sichtbar werden: Während das eine nämlich eine Abneigung gegen „breite inhaltlose dogmatische, systematische und rechtsvergleichende Erwägungen“ äußert,[50] betont der andere Herausgeber die Bereicherung seines Kommentars durch regelmäßige Hinweise auf Mindermeinungen sowie rechtshistorische und -vergleichende Bemerkungen.[51] Solche

---

[42] *M. Gutowski* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, Bd. 1: Art. 1–352, 2. Aufl., 2018; Bd. 2: Art. 353–626, 2. Aufl., 2019; Bd. 3: Art. 627–1088, 2019.

[43] *K. Osajda* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, Bd. 1: Część ogólna, 2017; Bd. 2: Własność i inne prawa rzeczowe, 2017; Bd. 3a: Zobowiązania. Część ogólna, 2017; Bd. 3b: Zobowiązania. Część szczegółowa, 2017; Bd. 4a: Spadki, 2019.

[44] *E. Gniewek/P. Machnikowski* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, 8. Aufl., 2017.

[45] *J. Gudowski* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna, 2014; *ders.* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, Bd. 2: Własność i inne prawa rzeczowe, 2. Aufl., 2016; Bd. 3: Zobowiązania. Część ogólna, 2. Aufl., 2018; Bd. 4: Zobowiązania. Część szczegółowa, 2. Aufl., 2017; Bd. 5: Zobowiązania. Część szczegółowa, 2. Aufl., 2017; Bd. 6: Spadki, 2. Aufl., 2017.

[46] *A. Kidyba* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, Bd. 1: Część ogólna, 2. Aufl., 2012; Bd. 2: Własność i inne prawa rzeczowe, 2. Aufl., 2012; Bd. 3a: Zobowiązania. Część ogólna, 2. Aufl., 2014; Bd. 3b: Zobowiązania. Część szczególna, 2. Aufl., 2014; Bd. 4: Spadki, 4. Aufl., 2015; *M. Fras/M. Habdas* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, Bd. 1: Część ogólna, 2018; Bd. 2: Własność i inne prawa rzeczowe, 2018; Bd. 3: Zobowiązania. Część ogólna, 2018; Bd. 4: Zobowiązania. Część szczególna, 2018; Bd. 5: Zobowiązania. Część szczególna, 2018; Bd. 6, Spadki, 2019.

[47] *J. Ciszewski* (Hg.), Kodeks cywilny. Komentarz, 2. Aufl., 2004, 17; *Pietrzykowski,* Kodeks (Fn. 41), IX; *Fras/Habdas,* Kodeks (Fn. 46), 19.

[48] *Gniewek/Machnikowski,* Kodeks (Fn. 44), XIII; *Gudowski,* Kodeks (Fn. 45), Bd. 6: Spadki, 2. Aufl., 2017, 13.

[49] *Osajda,* Kodeks (Fn. 43), Bd. 1: Część ogólna, 2017, VII–VIII; *M. Gutowski,* Kodeks (Fn. 42), Bd. 1: Art. 1–352, 2. Aufl., 2018, IX.

[50] *Gudowski,* Kodeks (Fn. 45), 13.

[51] *Osajda,* Kodeks (Fn. 43), VII.

Unterschiede in der Verarbeitung der Forschung resultieren nicht zuletzt aus der Verbindung der Kommentare zu den einzelnen juristischen Fakultäten: Kommentare präsentieren sich als „Werk der Breslauer Schule“,[52] als „nach den Prinzipien der Posener Schule konstruierter Kommentar“[53] oder als Produkt „der Dozenten der Danziger juristischen Fakultät“.[54]

Mit alldem nimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung also auch in der jüngsten Welle der Kommentare eine Kernrolle ein. Allerdings betonen viele Herausgeber die zunehmende Bedeutung universitärer Forschung einzelner Fakultäten. Dabei wirken zwei Elemente einer lokalen Zersplitterung infolge einer Verschränkung der Autorität eines Kommentars und der Autorität einer einzelnen Fakultät entgegen. Zum einen verweisen die Kommentatoren regelmäßig auf andere Kommentare; zum anderen soll umfassenden systematischen Darstellungen privatrechtlicher Institute in Lehr- bzw. Handbüchern (bezeichnet als „Systeme“) eine besondere wissenschaftliche Autorität zukommen.[55] Dabei war die Idee einer systematischen, wissenschaftlichen Bearbeitung aller Institute des Privatrechts schon in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des ZGB entstanden[56] und zuerst zwischen 1974 und 1986 umgesetzt worden.[57] Heute findet diese Form juristischer Literatur ihre Fortsetzung in dem vom polnischen C.H. Beck-Verlag seit Anfang dieses Jahrhunderts publizierten „System des Privatrechts“, das auch Materien außerhalb des ZGB umfasst. Dieses Werk wird in allen Kommentaren zitiert und gilt als Referenzwerk polnischer Privatrechtsdogmatik.[58]

3. *Die leserfreundliche Form des Kommentars*

Seit der Zwischenkriegsperiode bildet die praktische Orientierung der juristischen Kommentare ein ständiges Thema der Kommentarvorworte. Ihr praktischer Zweck prägt ihre Form. Nahezu alle Autoren der zweiten Hälfte der 1920er und 1930er Jahre haben die für den Kommentar charakteristische Verbindung der Erläuterungen mit einzelnen Teilen (Vorschriften) des Referenztextes[59] übernommen. In der Zwischenkriegszeit finden sich allerdings zwei abweichende Beispiele durchaus praxisrelevanter formaler Experimente.

---

[52] *Gniewek/Machnikowski,* Kodeks (Fn. 44), XIII.

[53] *M. Gutowski,* Kodeks (Fn. 42), IX.

[54] *Ciszewski,* Kodeks (Fn. 47), 17.

[55] Für Materien des ZGB sind das zehn Bände, z.B. *Z. Radwański/M. Safjan* (Hg.), System Prawa Prywatnego, Bd. 1: Prawo cywilne – część ogólna, 2. Aufl., 2012.

[56] *W. Czachórski* (Hg.), System prawa cywilnego, Bd. 1, 1974, 5.

[57] Vgl. *Czachórski,* System (Fn. 56), Bd. 1: Część ogólna, 1974; Bd. 2: Prawo własności i inne prawa rzeczowe, 1977; Bd. 3, Teil 1: Prawo zobowiązań – część ogólna, 1981; Bd. 3, Teil 2: Prawo zobowiązań – cześć szczegółowa, 1981; Bd. 4: Prawo spadkowe, 1986.

[58] Vgl. *Piasecki,* Kodeks (Fn. 39), 23; *Pietrzykowski,* Kodeks (Fn. 41), V.

[59] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 7), 289.

Das erste ist der oben erwähnte „Theoretisch-praktische Kommentar“ zum Obligationengesetzbuch,[60] der seine Erläuterungen nach den vom Verfasser formulierten dogmatischen Fragen systematisiert, die Artikel des Gesetzes also als besondere Beispiele der kommentierten Rechtsinstitute versteht.[61]

Ein zweites Experiment, „beispiellos, auch aus der Perspektive ausländischer Literatur“,[62] erschien 1929 unter dem Titel „Beispielhafte Strafakten“.[63] Das Buch besteht aus einer Sammlung der schriftlichen Formen aller Prozesshandlungen, die nach der damals neuen polnischen Strafprozessordnung von 1928 zwischen der Einleitung des Verfahrens und der Verurteilung erfolgen konnten. Tragend ist die Idee einer Darstellung des „wirklichen Bildes des neuen polnischen Strafprozesses“; der Band bildet damit – ähnlich wie die ersten Kommentare zu polnischen Gesetzbüchern – einen Beitrag zur Vereinheitlichung der Rechtspraxis in den ehemaligen Teilungsgebieten.[64] Das Werk erläutert den dogmatischen Sinn einzelner prozessualer Vorschriften in rein praktischer Art und Weise. Dabei signalisiert der Verfasser wie in anderen Kommentaren teils erhebliche Auslegungszweifel.[65] Funktional weist dieses Werk also deutliche Parallelen zu einem klassischen Kommentar auf. Sein Verfasser sah darin eine für die Praktiker hilfreiche Ergänzung dieser Form.[66]

Insgesamt bieten die polnischen Kommentare in ihrer Entwicklungsphase zwischen den Kriegen ein formal wenig einheitliches Bild. Viele Autoren überschritten aus Gründen der Lesefreundlichkeit die Grenze einer kompakten Erläuterung einzelner Vorschriften. Diese Werke charakterisiert ein systematisierender Ansatz; zudem sind sie durch eine Nummerierung gegliedert.[67] Manche dieser Kommentare bemühten sich um zusätzliche formale Klarheit und verbanden ihre Erläuterungen deshalb – ähnlich wie eine Glosse – mit konkreten Wörtern der kommentierten Vorschrift und gliederten ihre Erläuterungen mittels der seit dem Mittelalter bekannten Technik einer Liste vorangestellter Fragen.[68] In diesen Zusammenhang gehören weiter eine systematische Unterscheidung von Thesen des Kommentators, Leitsätzen der Rechtsprechung und Interpretationen des Justizministeriums[69] bzw. von Leitsätzen der Rechtsprechung,

---

[60] *Domańsk*i, Instytucje (Fn. 12).

[61] Vgl. *Domański,* Instytucje (Fn. 12).

[62] *S. Śliwowski,* Rezension: Akta wzorowe oprac. przez A. Mogilnickiego, Gazeta Sądowa Warszawska 1930, Heft 7, 95–96, 95.

[63] *A. Mogilnicki,* Akta wzorowe w sprawie karnej, 1929.

[64] *Mogilnicki,* Akta (Fn. 63), 3.

[65] *Mogilnick*i, Akta (Fn. 63), 4.

[66] *Mogilnicki,* Akta (Fn. 63), 3.

[67] Zum Beispiel *J. Namitkiewicz,* Kodeks handlowy. Komentarz, Bd. 1, 1934; Bd. 2, 1935; Bd. 3, 1937; *S. Wróblewski,* Prawo wekslowe i czekowe, 1936; *R. Lemkin,* Prawo karne skarbowe. Komentarz, 3. Aufl., 1938.

[68] Zum Beispiel *L. Peiper,* Komentarz do kodeksu postepowania cywilnego, Bd. 1, 1934.

[69] Zum Beispiel *W. Blutstein/W. Goettel,* Prawo karne skarbowe z komentarzem, 1938.

Darstellung der Änderungen durch die Kodifikation und Erläuterung des Verfassers.[70] Ein interessantes Beispiel für derartige Innovation bietet auch die Idee einer tabellarischen Zusammenstellung der Fristen verschiedener Prozesssituationen mit Erläuterungen zu ihren Anfangsterminen in einem 1931 erschienenen Kommentar zu der damals neuen polnischen Zivilprozessordnung.[71]

Heutige ZGB-Kommentare folgen überwiegend einer systematischen Methode. Dabei nutzen die Kommentare des polnischen C.H. Beck-Verlags die aus Beck'schen Kommentaren bekannten leserfreundlichen formalen Mittel zur Textgestaltung wie eine Inhaltsübersicht zur Kommentierung einzelner Vorschriften, Randnummern und die reguläre Anwendung der Fettschrift. Der einbändige Kommentar zum polnischen ZGB bildet damit formal eine Parallele zum Palandt,[72] und in den umfangreicheren Beck-Kommentaren zum ZGB finden sich viele formale Parallelen zum Münchener Kommentar.[73]

Die Digitalisierung der Rechtstexte, der Rechtsprechung und der Literatur markiert auch in Polen eine Zäsur in der Entwicklung juristischer Literatur. Heute finden sich die neuesten Ausgaben der von C.H. Beck Polska publizierten Kommentare in der Datenbank „Legalis".[74] Analog bilden die Kommentare von LexisNexis Polska und Wolters Kluwer Polska Module der Datenbank „Lex", die von Wolters Kluwer Polska angeboten wird.[75] Die Digitalisierung der Kommentare und ihre Aufnahme in Datenbanken machen neue Suchfunktionen möglich, nicht nur innerhalb eines Kommentartextes, sondern auch zwischen früheren und aktuellen Versionen von Gesetzestexten sowie innerhalb umfangreicher und ständig aktualisierter digitaler Sammlungen von Rechtsprechung und anderen Formen juristischer Literatur. Angesichts der Prognosen einer weitreichenden Änderung der Rechtspraxis durch die Informatik[76] erscheinen diese Datenbanken als Übergangsform zwischen dem traditionellen juristischen Kommentar und Big-Data-Technologien bei der Rechtsanwendung und – in längerer Zeitperspektive – durch künstliche Intelligenz gestützten Formen juristischer Argumentation.

4. Ein Beispiel: Art. 231 ZGB

Ein Beispiel soll diese Beobachtungen zu Stil und Form der Kommentierung ergänzen und vertiefen. Den Ausgangspunkt dafür bildet die rechtsverglei-

---

[70] Zum Beispiel *N. Goldwag,* Prawo o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 października 1933 z orzecznictwem, komentarzem i wzorami umów, 1934.

[71] Zum Beispiel *J. Szreter/A. Akenberg,* Kodeks postępowania cywilnego, 1931, 449–454.

[72] Vgl. *Gniewek/Machnikowski,* Kodeks (Fn. 44).

[73] Vgl. *Osajda,* Kodeks (Fn. 43).

[74] <https://legalis.pl>.

[75] <https://www.lex.pl>.

[76] Vgl. *R. Susskind,* Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future, 2013, 10–14.

chend interessante Vorschrift des Art. 231 ZGB. Nach dieser Vorschrift hat ein gutgläubiger Eigenbesitzer einen Anspruch auf entgeltliche Übereignung eines fremden Grundstücks, sofern er auf diesem Grundstück ein Gebäude oder eine andere Einrichtung errichtet hat, deren Wert den Wert des Grundstücks deutlich übersteigt; umgekehrt hat der Eigentümer in diesem Fall nach § 2 der Vorschrift einen Anspruch gegen den Besitzer auf Übernahme des Grundstückes gegen entsprechende Vergütung.[77] Dabei ruht die Regelung auf unbestimmten Rechtsbegriffen wie „guter Glaube“, „bedeutende Überschreitung“ und „entsprechende Vergütung“.

Der erste Kommentar von 1972 zu dieser Vorschrift betont einleitend die Neuheit der Regelung im Vergleich zu § 418 *in fine* ABGB und Art. 73 § 2 des Sachenrechtsdekrets von 1946.[78] Im Unterscheid zu § 418 ABGB erfolge der Eigentumsübergang nicht *ex lege*. Im Vergleich zu Art. 73 § 2 Sachenrechtsdekret erweitere Art. 231 ZGB die Möglichkeiten einer gerichtlichen Eigentumszuweisung. Der dem Besitzer bereits nach Art. 73 § 2 Sachenrechtsdekret zustehende Anspruch auf entgeltliche Übereignung sei nach Art. 231 ZGB um einen analogen Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer ergänzt.[79] Im Anschluss an diese allgemeinen Bemerkungen thematisiert der Kommentar einzelne Aspekte wie Eigenbesitz, guter Glaube des Besitzers, Errichtung eines Gebäudes oder einer anderen Einrichtung, Wert des Gebäudes, Konformität des Ablösungsanspruchs mit öffentlichen und wirtschaftlichen Interessen, Beschränkungen im Grundstücksverkehr, Bau auf gemeinschaftlichem Grundstück, Wahl des Besitzers zwischen der Zwangsablösung des Grundstückes und Verwendungsersatz, Zeitablauf, prozessuale Fragen, Gegenstand der Ablösung, Vergütung des Grundstückseigentümers, Anspruch des Eigentümers auf Erwerb des Grundstücks, Anwendung des Art. 231 ZGB auf Altfälle.

Demgegenüber zerstückelt keiner der späteren Kommentare seine Erläuterungen in vergleichbarer Weise. In einigen Kommentaren sind die Erläute-

[77] Der Text von Art. 231 lautet: „§ 1. Der gutgläubige Eigenbesitzer eines Grundstücks, der auf oder unter der Grundstücksoberfläche ein Gebäude oder eine andere Einrichtung errichtet hat, die den Wert des hierfür in Anspruch genommenen Flurstücks bedeutend überschreitet, kann fordern, dass der Eigentümer das Eigentum an dem betreffenden Flurstück für eine angemessene Vergütung auf ihn überträgt. § 2. Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem ein Gebäude oder eine andere Einrichtung mit einem den Wert des Flurstücks wesentlich übersteigenden Wert errichtet wurde, kann fordern, dass derjenige, der das Gebäude oder die Einrichtung errichtet hat, von ihm das Eigentum gegen eine entsprechende Vergütung erwirbt.“ (zitiert nach der Übersetzung von *P. Elbers/R. Siwik* [Hg.], Polnisches Zivilgesetzbuch mit Einführung, 2012). Außer Betracht bleibt hier der bis zur Novellierung des Gesetzbuchs im September 1990 geltende § 3 der Vorschrift, der in erster Linie den Bau auf staatlichem Grund und Boden regulierte.

[78] Sachenrecht, Dekret vom 11.10.1946.

[79] *J. Ignatowicz,* in: Resich *et al.,* Kodeks I (Fn. 25), Art. 231 S. 614.

rungen lediglich in fortlaufend nummerierte Abschnitte gegliedert.[80] Vorherrschend ist heute ein Modell inhaltlicher Systematisierung: von einer einfachen Gliederung in drei Punkte – allgemeine Bemerkungen; Anspruch aus Art. 231 § 1; Anspruch aus Art. 231 § 2[81] – bis hin zu unterschiedlich komplexen Gliederungsstrukturen. Gemein ist all diesen Kommentierungen eine Ausgliederung „allgemeiner Bemerkungen" als erster Teil der Erläuterungen.

Die Struktur der Erläuterungen zu Art. 231 ZGB im Kommentar von 1972 hatte unterschiedlichen Rechtsfragen reflektiert, die in der Rechtsprechung des OGH zum funktionsähnlichen Art. 73 § 2 Sachenrechtsdekret aufgekommen waren. Obwohl die Struktur heutiger Kommentare stärker von dogmatischen Überlegungen geprägt ist, die sich an „Gegenständen", „subjektiven und objektiven Voraussetzungen" oder „Legitimation" orientieren, fehlen darin einheitlich angewandte gemeinsame Konstruktionselemente. Auf den tieferen Gliederungsstufen finden sich jedoch oft gleiche Fragen: Vergütung des Eigentümers,[82] Wert eines Gebäudes oder einer anderen Einrichtung,[83] guter Glaube,[84] Zeitablauf und Verjährung des Anspruches.[85] Ein Vergleich der allgemeinen Bemerkungen und derartiger Einzelpunkte kann den Umgang mit der Rechtsprechung und der dogmatischen Debatte deutlich machen.

a) Allgemeine Bemerkungen

Der im ersten Kommentar von 1972 zentrale historische Kontext der Norm hat später nur ausnahmsweise wieder Berücksichtigung gefunden.[86] Heutige Kommentatoren heben hier die besondere Funktion der Ansprüche aus

[80] *J. Winiarz,* in: ders., Kodeks (Fn. 33), Art. 231 S. 199–204; *T.A. Filipiak,* in: Kidyba, Kodeks (Fn. 46), Bd. 2, Art. 231 S. 140–145.

[81] *E. Skowrońska-Bocian/M. Warciński,* in: Pietrzykowski, Kodeks (Fn. 41), Art. 231 S. 657 f.

[82] *R. Morek,* in: Osajda, Kodeks (Fn. 43), Bd. 2, Art. 231 S. 483; *K. Górska,* in: Gniewek/Machnikowski, Kodeks (Fn. 44), Art. 231 S. 498; *M. Orlicki,* in: M. Gutowski, Kodeks (Fn. 42), Art. 231 S. 1380; *J. Kozińska,* in: Fras/Habdas, Kodeks (Fn. 46), Bd. 2, Art. 231 S. 429 f.; *J. Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki,* in: Gudowski, Kodeks (Fn. 45), Bd. 2, Art. 231 S. 594 f.

[83] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 492; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 662; M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1380.

[84] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 489 f.; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 661; Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 499; Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 578–582.

[85] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 485; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 663; Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 498; M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1384; Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 595–597.

[86] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 484.

Art. 231 ZGB hervor, die den Grundsatz *superficies solo cedit* mildern[87] und das System der Verwendungsersatzansprüche in wirtschaftlich sinnvoller Weise ergänzen.[88] In diesem Zusammenhang diskutieren die größeren Kommentare vor allem den Anwendungsbereich der Ansprüche aus Art. 231 ZGB; sie berücksichtigen dabei die Rechtsprechung zur Konkurrenz mit der Unterlassungsklage,[89] besondere gesetzliche Beschränkungen[90] sowie die in der Rechtsprechung weitgehend anerkannte „dingliche Natur“ der Schuldverhältnisse nach Art. 231 ZGB.[91]

b) Die Vergütung des Eigentümers

Im ersten Kommentar zum ZGB bildet die terminologische Unterscheidung zwischen dem „Ablösungspreis“ nach Art. 73 § 2 Sachenrechtsdekret und der „Vergütung des Eigentümers“ nach Art. 231 ZGB den Ausgangpunkt der Erläuterungen zum Vergütungsanspruch des Eigentümers. Der Kommentator versteht die neue Formulierung nicht als inhaltliche Änderung, sondern sieht ihren Sinn in der terminologischen Klarstellung, dass die Übereignung nicht als Erfüllung eines Kaufvertrags zu verstehen sei. Die Bemessung der Vergütung sei – wie in der früheren Rechtsprechung des OGH – am Wert des Flurstücks auszurichten; eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Enteignungsentschädigung[92] verbiete sich. Auch die späteren Kommentaren stellen hier auf den durchschnittlichen Marktpreis ab und verweisen dazu auf aktuelle, inhaltlich unveränderte Entscheidungen.[93] Der Rechtsprechung folgen auch die Erläuterungen weiterer Einzelfragen; hier geht es etwa um die Bemessung der Vergütung nach dem Preis, den der Besitzer aufgrund eines formnichtigen Kaufvertrags bezahlt hatte;[94] um die Möglichkeit einer Über-

---

[87] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 484; *J. Ciszewski,* in: ders., Kodeks (Fn. 47), Art. 231 S. 375; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 658; Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 494.

[88] Fras/Habdas/*Kozińska* (Fn. 82), Art. 231 S. 415; M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1378.

[89] Fras/Habdas/*Kozińska* (Fn. 82), Art. 231 S. 416.

[90] Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 570 f.

[91] Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 571; Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 485; Ciszewski/*Ciszewski* (Fn. 87), Art. 231 S. 375; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 658.

[92] Resich/*Ignatowicz* (Fn. 79), Art. 231 S. 634.

[93] M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1380; Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 486; Gudowski/*Rudnicka/Rudnicki/Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 594 f.; Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 498; Ciszewski/*Ciszewski* (Fn. 87), Art. 231 S. 376; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 662; Fras/Habdas/*Kozińska* (Fn. 82), Art. 231 S. 429.

[94] Gudowski/*Rudnicka/Rudnicki/Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 595; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 662.

eignung infolge gerichtlichen Vergleichs;[95] und um den Ausschluss des Versteigerungsverfahrens für die Eigentumsübertragung eines öffentlichen Grundstückes auf Grund von Art. 231 ZGB[96] und die Möglichkeit des Eigentümers, auf seine Vergütung zu verzichten.[97] Ein Kommentator hält Zweifel an der Zulässigkeit eines unentgeltlichen Übereignungsvertrages auf Grund von Art. 231 ZGB für „eher richtig".[98]

c) Der Wert des Gebäudes

Mit der Anspruchsvoraussetzung einer „bedeutenden Überschreitung des Grundstückwerts durch den Wert des Gebäudes oder einer anderen Einrichtung" folgte Art. 231 ZGB wortwörtlich Art. 73 § 2 Sachenrechtsdekret. Der erste Kommentator schloss daraus, dass die ältere Rechtsprechung des OGH zu diesem Tatbestandsmerkmal weiterhin Gültigkeit habe. Der Kern dieser Rechtsprechung zeige sich anschaulich in einer Entscheidung von 1957. Hier hatte der OGH bekräftigt, dass es auf einen Vergleich des objektiven Wertes des Gebäudes und des Flurstücks ankomme, weil das Interesse des Eigentümers, sein Grundstück zu behalten, mit den Interessen des Besitzers abzuwägen sei, nicht den Lebens- oder Arbeitsort zu verlieren.[99] Die späteren Kommentare äußern sich hier eher allgemein[100] oder berufen sich auf einschlägige Literatur[101] zum Vergleich der Marktwerte des Grundstückes und des Gebäudes zum Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche nach Art. 231 ZGB. Einige Kommentare erwähnen die vom OGH statuierte Pflicht, bei der Ermittlung des Grundstückwerts auch den Wert von Gebäuden zu berücksichtigen, die nicht vom aktuellen Besitzer errichtet wurden.[102] Zweifel in der Rechtspraxis veranlassten den Autor eines anderen Kommentars, für die Wertgrenze auf das Doppelte des Grundstückwerts abzustellen.[103]

d) Guter Glaube

Die Anknüpfung an die frühere Rechtsprechung des OGH im Kommentar von 1972 beruhte ursprünglich auf den Parallelen zwischen Art. 231 ZGB und Art. 73 § 2 Sachenrechtsdekret. In Anknüpfung an eine frühere dogmatische

---

[95] M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1380.
[96] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 486.
[97] Fras/Habdas/*Kozińska* (Fn. 82), Art. 231 S. 429.
[98] Ciszewski/*Ciszewski* (Fn. 87), Art. 231 S. 429.
[99] Resich/*Ignatowicz* (Fn. 79), Art. 231 S. 622.
[100] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 492.
[101] M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1380; Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 500.
[102] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 492; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 662.
[103] Fras/Habdas/*Kozińska* (Fn. 82), Art. 231 S. 420.

Diskussion trennt der Kommentator dabei zwischen gutgläubigem Besitz am Grundstück und Bauarbeiten in gutem Glauben und stellte unter Hinweis auf einen Beschluss des OGH von 1955 für Art. 231 ZGB auf den gutgläubigen Besitz ab. Im weiteren Text erläutert der Verfasser die früher uneinheitliche Rechtsprechung und die dogmatischen Diskussionen zur Konkretisierung des guten Glaubens. Kontrovers schien dem Kommentator vor allem die Frage, ob der Anspruch aus Art. 231 § 1 ZGB auch einem Besitzer zusteht, der zwar in Kenntnis der Eigentumsverhältnisse handelt, dessen Handeln aber keine Rechte des Eigentümers verletzt. Konkret geht es um den in der Praxis häufigen Fall eines Kaufs ohne notarielle Beurkundung. Der Kommentator wollte hier den Anspruch aus Art. 231 ZGB gewähren, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die Besitzübertragung als Eigentumsverzicht zu beurteilen war. Tragend war dabei die in der älteren Rechtsprechung und Literatur entwickelte Lehre von der Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung der sozialen Verhältnisse sowie von dem engen Zusammenhang zwischen „dem Geist unserer Zivilgesetzgebung" und „dem Billigkeitsprinzip".[104] Der Kommentator fügte hinzu, dass der gute Glaube zwar während der Bauzeit, aber nicht auch noch im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs aus Art. 231 § 1 ZGB gegeben sein muss.

Heutige Großkommentare präsentieren kasuistisch die Vielfalt und Flexibilität der Rechtsprechung bei der Konkretisierung der Gutglaubensklausel.[105] In diesem Rahmen berichten sie von der Entwicklung der Rechtsprechung zu Einzelfragen wie der Beurteilung des guten Glaubens des Besitzers während der Bauzeit[106] oder dem Ausschluss des guten Glaubens eines Besitzers, der nur über einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Grundstück verfügt oder lediglich fiduziarisch am Grundstück berechtigt ist.[107] Demgegenüber werden solche Probleme in Kommentaren, die den guten Glauben nicht bereits im Inhaltsverzeichnis nennen, nur gestreift.[108]

e) Zeitablauf und Verjährung des Anspruchs

Der Kommentar von 1972 erläuterte die Bedeutung des Zeitablaufs für das Recht des gutgläubigen Besitzers nach Art. 231 § 1 ZGB unter Hinweis auf

---

104 Resich/*Ignatowicz* (Fn. 79), Art. 231 S. 616–619.

105 Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 661; Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 489 f.; Gudowski/*Rudnicka/Rudnicki/Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 578–580; Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 499.

106 Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 490; Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 580; Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 661.

107 Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 490; Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 581.

108 Ciszewski/*Ciszewski* (Fn. 87), Art. 231 S. 375; M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1381.

einen Beschluss des OGH von 1968, wonach eine unlösbare Verbindung zwischen der Herrschaft über das Grundstück und dem Ablösungsanspruch des Besitzers bestehe. Das bedeutete für das Gericht und den Kommentator einerseits, dass die Verjährungsvorschriften nicht anzuwenden seien, und andererseits, dass der Anspruch bei Besitzverlust erlösche.[109] Auch heutige Kommentare folgen dieser Linie[110] oder präsentieren sie als herrschende Meinung.[111] Zwar weisen einige Kommentare darauf hin, dass Teile der Literatur sich für eine Anwendung der Verjährungsvorschriften auf den Anspruch nach Art. 231 § 1 ZGB aussprechen; sie machen sich diese Ansicht aber nicht zu eigen oder diskutieren sie näher.[112] Allerdings berichten einige Kommentatoren, dass die Verjährungsvorschriften nach Ansicht des OGH auf den Anspruch des Eigentümers nach Art. 231 § 2 ZGB anwendbar seien,[113] und äußern hier auch dogmatische Zweifel an der uneinheitlichen Behandlung der Ansprüche aus Art. 231 §§ 1 und 2 ZGB.[114]

f) Stil des Kommentierens

Die Kommentare zu Art. 231 ZGB zeigen wichtige Ähnlichkeiten und Unterschiede im Stil der Kommentatoren. Die differenzierte Struktur und die vertiefte Diskussion der Rechtsprechung im ersten Kommentar (1972) finden sich in heutigen Kommentaren nur eingeschränkt wieder. Gegenwärtig ruht die Gliederung der Kommentare stärker auf dogmatischen Erwägungen, wobei alle Kommentare gleichermaßen die fundamentale Bedeutung der Rechtsprechung betonen. Das gilt auch für die Kommentare, die ohne inhaltliche Struktur nur in nummerierte Abschnitte gegliedert sind. Es mag daher überraschen, dass die in den Kommentaren zentral diskutierte Frage nach der Vergütung des Eigentümers in der Rechtsprechung längst geklärt ist. Demgegenüber gehen manche Autoren auf offene Rechtsfragen wie den guten Glauben des Besitzers oder die Verjährung des Anspruchs nach Art. 231 § 2 ZGB nur am Rande ein. Zwar verweisen die meisten Kommentare auf dogmatische Diskussionen; sie behandeln diese aber nicht systematisch. Offensichtlich spielt die Lehre im Vergleich zur Rechtsprechung eine untergeordnete Rolle. Die Kommentierungen zu Art. 231 ZGB bestätigen damit beispielhaft, dass der

---

[109] Resich/*Ignatowicz* (Fn. 79), Art. 231 S. 630 f.

[110] Pietrzykowski/*Skowrońska-Bocian/Warciński* (Fn. 81), Art. 231 S. 663; Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 596 f.; M. Gutowski/*Orlicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 1384.

[111] Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 498; Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 485.

[112] Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 498.

[113] Osajda/*Morek* (Fn. 82), Art. 231 S. 485.

[114] Gniewek/Machnikowski/*Górska* (Fn. 82), Art. 231 S. 498; Gudowski/*Rudnicka/G. Rudnicki/S. Rudnicki* (Fn. 82), Art. 231 S. 596.

Kommentar als Hilfsmittel zur Rechtsanwendung unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt.

5. Die Vorstellungen über die Berufung zum Kommentieren

Die rasche Entwicklung der zuvor praktisch unbekannten Kommentarform in der Zwischenkriegsperiode wirft auch die Frage nach den Akteuren und nach den Gründen dieser Entwicklung auf. Manches deutet darauf hin, dass die an der Gesetzgebung beteiligten Akteure später auch für die Kommentare wichtig wurden. So betonte ein Autor früher Kommentare zu den Gesetzen über die Agrarreform und das Mieterecht in den 1920er Jahren seine besondere Kenntnis der Entstehungsgeschichte einzelner kommentierter Vorschriften, die er nicht als Anwalt, sondern als Abgeordneter im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten erlangt hatte.[115] Im Gastvorwort zu einem Patentrechtskommentar von 1935 betonte ein Vorsitzender der Unterkommission des Kodifikationsausschusses seine „moralische Pflicht“ zum Kommentieren dieses Gesetzes, die er jedoch wegen Zeitmangel nicht erfüllt habe.[116] Auf gleicher Linie attestierten Rezensenten dem Verfasser des Entwurfs des Strafgesetzbuchs ein „besonderes Recht“[117] oder dem Mitreferenten des Entwurfs des Obligationengesetzbuches ein „volles Recht“[118] zur Kommentierung.

Die besondere Entwicklungsdynamik und Vielfalt polnischer Kommentare vor dem Zweiten Weltkrieg beruhten jedoch in erster Linie auf der Arbeit von Anwälten,[119] Patentanwälten[120] und Richtern unterschiedlicher Instanzen.[121] In einigen Fällen hatten die damals jungen promovierten Anwälte wissenschaftliche Ambitionen. Beispielsweise wurde das Steuerstrafrecht von

---

[115] *E. Sommerstein,* Ustawa o ochronie lokatorów. Tekst z komentarzem przy uwzględnieniu całokształtu dyskusji w Sejmie i Senacie, 1924, 6; *Sommerstein,* Ustawa o wykonaniu reformy rolnej. Tekst z komentarzem przy uwzględnieniu całokształtu dyskusji w Sejmie i Senacie, 1926, 14 f.

[116] *F. Zoll,* Przedmowa, in: A. Ponikło/J. Gutowski (Hg.), Prawo patentowe z komentarzem, 1935, 1–2, 1.

[117] *J. Bossowski,* Rezension: J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 16 (1936), Heft 2, 228–229, 229.

[118] *J. Fiema,* Rezension: L. Domański, Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny, Przegląd Prawa i Administracji 63 (1938), 214–225, 214.

[119] Zum Beispiel *Peiper,* Komentarz (Fn. 68); *Goldwag,* Prawo (Fn. 70); *E. Iserzon,* Postępowanie administracyjne. Komentarz. Orzecznictwo – okólniki, 1937; *Lemkin,* Prawo (Fn. 67).

[120] *Ponikło/J. Gutowski,* Prawo (Fn. 116).

[121] *W. Binder,* Ustawa o Najwyższym Trybunale Administracyjnym, 1926; *Szreter/Akenberg,* Kodeks (Fn. 71); *K. Apołłow,* Przepisy o ochronie lokatorów. Komentarz z jednolitym tekstem ustawy o ochronie lokatorów, motywami ustawodawczemi i orzecznictwem sądowem oraz przepisy związkowe, 1936; *Korzonek/Rosenblüth,* Kodeks (Fn. 8); *Blutstein/Goettel,* Prawo (Fn. 69).

Rafał Lemkin kommentiert,[122] der als Schöpfer des Begriffs Völkermord und Verfasser des Entwurfs der UN-Völkermordkonvention weltbekannt wurde.[123] Zwar überlebten die Autoren der Kommentare zum Obligationengesetzbuch, das bis 1964 in Geltung stand, den Krieg. Nach 1945 hat jedoch keiner von ihnen sein Werk aus der Zwischenkriegszeit aktualisiert.

Autoren des ersten Kommentars zum polnischen ZGB in den 1970er Jahren waren Richter des Obersten Gerichtes, die meist zugleich auch Juraprofessoren waren, während der zweite Kommentars der 1980er Jahre die Arbeit einer Gruppe von Professoren und eines Richters des Obersten Gerichtes bildete; hier verband sich die Autorität des Obersten Gerichts mit der Rechtswissenschaft.

Auch heutige ZGB-Kommentare wollen sich als juristische Autoritäten verstanden wissen. Wenn die Herausgeber in ihren Vorworten zumeist die akademische Position und die praktischen Kompetenzen ihrer Kommentatoren betonen,[124] so dient das in erster Linie der Stärkung der Autorität des jeweiligen Kommentars. In diesem Sinne ist von der „besondere Position der Autoren in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis" die Rede,[125] von der „Erfüllung der subjektiven und objektiven Erwartungen hinsichtlich eines idealen Kommentars, obwohl es immer etwas zu verbessern gibt",[126] oder von dem Kommentar als „Ergebnis der Arbeit namhafter Vertreter polnischer Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, die sich durch große Erfahrung und bedeutende Publikationen […] auszeichnen".[127]

III. Die externe Perspektive auf juristische Kommentare

1. *Kommentare und Publikationsmöglichkeiten*

Es liegt auf der Hand, dass Verlage die Kommentarkultur einer Rechtsordnung wesentlich mitprägen. Das vielfältige Bild und die Vielzahl von Kommentaren in der Zwischenkriegszeit zeigt das anschaulich. Es resultiert nicht zuletzt aus der Tatsache, dass damals vier unterschiedliche Typen von Verlegern auf dem Kommentarmarkt aktiv waren.

Zunächst stehen hier Verlagshäuser, die ihr Programm allmählich um Kommentare erweiterten; in den 1930er Jahren wurden diese Verlage zu den wichtigsten Akteuren auf dem Kommentarmarkt. Besonders erfolgreich wa-

[122] *Lemkin,* Prawo (Fn. 67).

[123] Vgl. *A. Redzik,* Rafał Lemkin (1900–1959) co-creator of international criminal law. Short biography, 2017, 43–45.

[124] Zum Beispiel *Gniewek/Machnikowski,* Kodeks (Fn. 44), XIII.

[125] *M. Gutowsk*i, Kodeks (Fn. 42), IX; *Pietrzykowski,* Kodeks (Fn. 42), IX.

[126] *Gudowski,* Kodeks (Fn. 45), 13.

[127] *Fras/Habdas,* Kodeks (Fn. 46), 19.

ren dabei zwei Krakauer Unternehmen, Leon Frommer und Księgarnia Powszechna (Allgemeine Bücherei). Leon Frommer (1853–1943), ein jüdischer Antiquar, Buch- und Notenhändler, war ursprünglich aufgrund seiner Bedeutung für die polnische Kultur und Musik bekannt geworden. Seit 1899 spezialisierte sich sein Verlagshaus auf juristische Bücher.[128] An der Entwicklung der juristischen Literatur nach 1918 war er maßgeblich beteiligt, nicht zuletzt mit der Veröffentlichung vieler in den 1930er Jahren populärer Kommentare,[129] darunter eines polnischen Kommentars zum ABGB. Den Verlag Księgarnia Powszechna hatte der promovierte Jurist jüdischer Abstammung Dr. Szymon Seiden mit seinem Schwager Chaim David Seiden gegründet.[130] Die Liste der von ihm herausgegebenen Kommentare ist länger und der Kreis seiner Autoren größer als bei Frommer. Ein Vergleich von Kommentaren etwa zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,[131] Schuldrecht,[132] Handelsrecht,[133] Verwaltungsverfahrensrecht[134] und zur Strafprozessordnung[135] macht deutlich, dass diese Verleger bemüht waren, gleiche formale Standards für ihre Kommentare zu etablieren und durchzusetzen.

Eine zweite Möglichkeit zur Publikation von Kommentaren fand sich bei damals berühmten polnischen Verlagshäusern, die zuvor nicht auf juristische Literatur spezialisiert waren. Einige in den 1920er Jahren publizierte Kommentare[136] erschienen im Verlag Ferdinand Hoesick, der damals auch eine in Warschau beliebte Buchhandlung betrieb. Die Ossoliński-Stiftung, eine Einrichtung mit großer Bedeutung für die polnische Kultur, veröffentlichte vor dem Zweiten Weltkriegs fünf Auflagen eines Kommentars zum Strafgesetzbuch

---

[128] Vgl. *L. T. Błaszczyk,* Żydzi w kulturze muzycznej ziem polskich w XIX i XX wieku, 2014, 75; *F. Pieczątkowski,* Frommer Leon (28 IX 1853 Kraków – kwiecień 1943 Skawina), in: Słownik pracowników polskiej książki, 1972, 236.

[129] Viele Materien kommentierte der Professor der Jagiellonen-Universität und Mitglied des Kodifikationsausschusses Stanisław Wróblewski wie z. B. *Wrólbewski,* Komentarz (Fn. 6); *ders.,* Komentarz do kodeksu handlowego, Heft 1, 1935; *ders.,* Prawo wekslowe i czekowe z 28 kwietnia 2936, 1936. Eine Reihe von Kommentaren veröffentlichte bei Leon Frommer ein Anwalt aus Przemyśl, Leon Peiper: *Peiper,* Komentarz (Fn. 68); *ders.,* Komentarz do kodeksu postepowania karnego, 2. Aufl., 1932; *ders.,* Komentarz do kodeksu karnego, 2. Aufl., 1936.

[130] Vgl. *J. Pachoński/G. Schmager,* Seiden Dina zw. Zajdenką (15 II 1865 Kraków – 28 I 1918 tamże), in: Słownik pracowników polskiej książki (Fn. 128), 805.

[131] *S. Glaser/A. Mogilnicki,* Prawo o wykroczeniach, 1934.

[132] *Korzonek/Rosenblüth,* Kodeks (Fn. 8).

[133] *T. Dziurzyński/Z. Fenichel/M. Honzatko,* Kodeks handlowy. Komentarz, 1936.

[134] *Iserzon,* Postępowanie (Fn. 119).

[135] *A. Mogilnicki,* Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tekst jednolity ogłoszony 30. IX 1932, 1933.

[136] Zum Beispiel *Sommerstein,* Ustawa o ochronie lokatorów (Fn. 115); *Binder,* Ustawa (Fn. 121); *Mogilnicki,* Akta (Fn. 63); *K. Angerman/J. Nowotny/J. Przeworski,* Komentarz do kodeksu postępowania karnego z 19-tego marca 1928, 1930.

von 1932.[137] Auch der große Verlags Gebethner i Wolff, der in den 1930er Jahren mit Zahlungsschwierigkeiten kämpfte und eine neue Marktstrategie suchte,[138] brachte mindestens einen juristischen Kommentar heraus.[139]

Eine dritte Möglichkeit zur Veröffentlichung eines Kommentars eröffnete sich bei kleinen Verlagshäusern, deren Spezialisierung auf juristische Literatur bereits in ihrem Handelsnamen deutlich wurde. Hier steht an erster Stelle die Juristische Bücherei von Marian Ginter (Marian Ginter Księgarnia Wydawnictw Prawniczych), die in den 1930er Jahren einen Nachdruck des Kommentars von 1850 zum polnischen Hypothekengesetz für Kongresspolen[140] und mindestens zwei weitere Kommentare zu aktuellen Gesetzbüchern veröffentlichte.[141] Weitere Beispiele dieses Verlagstyps finden sich in der Juristischen Bibliothek (Biblioteka Prawnicza)[142] und in der Verlagsgesellschaft junger Juristen und Wirtschaftswissenschaftler (Towarzystwo Wydawnicze Młodych Prawników i Ekonomistów).[143]

Eine vierte und letzte Publikationsmöglichkeit fand sich bei Verlegern, die juristische Kommentare als Nebengeschäft zu anderen Aktivitäten herausbrachten. Auf diese Weise unterstützten etwa der Kleinpolnische Bauernverband (Małopolski Związek Rolników)[144] und der Juristenverein der Stadt Piotrków (Piotrkowskie Stowarzyszenie Prawników) unterschiedliche juristische Kommentare.[145]

Der Ausbruch des Zweiten Weltkriegs brachte eine wesentliche Zäsur in der Publikationsgeschichte juristischer Kommentare. Denn der Krieg bedeutete nicht das Ende der Kommentare zu polnischen Gesetzen, sondern auch der genannten Verlage. Leon Frommer kam im Holocaust um.[146] Andere Verlagshäuser wie Księgarnia Powszechna, Gebethner i Wolff oder Marian Ginter Księgarnia Wydawnictw Prawniczych nahmen ihre Publikationstätigkeiten nach dem Krieg zwar zunächst wieder auf, doch wurden private Verlagshäuser durch eine von der kommunistischen Regierung eingeführte Pflicht zur Eintragung in ein staatliches Verlegerregister bis Anfang der

---

[137] *J. Makarewicz,* Kodeks karny z komentarzem, 5. Aufl., 1938.

[138] *A. Bromberg,* Książki i wydawcy, 1966, 23 f.

[139] *Ponikło/J. Gutowski,* Prawo (Fn. 116).

[140] *W. Dutkiewicz,* Prawo hipoteczne w Królestwie Polskim, bearb. v. L. Frenk, 1936.

[141] *Domański,* Instytucje (Fn. 12); *Blutstein/Goettel,* Prawo (Fn. 69).

[142] *Szreter/Akenberg,* Kodeks (Fn. 71); *J. Litauer,* Komentarz do procedury cywilnej, 1933.

[143] *Namitkiewicz,* Kodeks handlowy (Fn. 67).

[144] *Sommerstein,* Ustawa o wykonaniu reformy (Fn. 115).

[145] *Apołłow,* Przepisy (Fn. 121).

[146] *Pieczątkowski,* Frommer (Fn. 128), 236; *H. Tadeusiewicz/I. Treichel,* Straty osobowe księgarstwa polskiego w latach 1939–1945, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Librorum 4 (1993), 3–77, 20.

1950er Jahre vom Markt verdrängt.[147] Zudem wurden zeitgleich zu solchen Beschränkungen und Reglementierungen privatrechtlicher Kommentare staatliche Unternehmen als Verleger aktiv. Das erste „Kommentarsurrogat“[148] zum unifizierten polnischen Privatrecht sowie alle bis 1989 publizierten Kommentare zum ZGB[149] erschienen im staatlichen Verlagshaus Wydawnictwo Prawnicze (Juristischer Verlag).

Die politische und ökonomische Wende von 1989 bedeutete dann einen Übergang von einer auf Volkseigentum basierenden Planwirtschaft hin zu Unternehmensfreiheit. Die Gründung neuer und die Privatisierung bestehender Verlage führten rasch zu den vielen, häufig aktualisierten, aber nur knapp erläuterten Gesetzesausgaben und später auch zu neuen Kommentaren. So erschienen etwa der oben erwähnte erste Teilkommentar zum novellierten ZGB[150] bei Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa Dom Organizatora (Wissenschaftliche Gesellschaft für Organisation und Leitung – Haus des Veranstalters) und der Kommentar zum Ersten Buch des ZGB (Allgemeiner Teil)[151] 1998 im privatisierten Juristischen Verlag (Wydawnictwo Prawnicze).

Die heutige Bedeutung juristischer Kommentare in Polen resultiert allerdings erst auf dem Markteintritt der Tochterunternehmen großer ausländischer juristischer Verlage wie C.H. Beck, Wolters Kluwer (jeweils 1993) und LexisNexis (1995). 2014 übernahm die polnische Tochter von Wolters Kluwer durch eine Investorenvereinbarung LexisNexis Polska.[152] Die heutige Kommentarlandschaft zum ZGB resultiert also aus der dominanten Marktstellung von zwei Verlagshäusern: C.H. Beck Polska und Wolters Kluwer. Das bedeutet, dass sich der heutige polnische Kommentarmarkt nicht als Ergebnis einer organischen Entwicklung einer nationalen Kommentartradition verstehen lässt. Die privatrechtlichen Beispiele zeigen deutlich, dass die typische Gestalt und formale Struktur heutiger Kommentare von der Publikationstradition von C.H. Beck und einer von LexisNexis und später von Wolters Kluwer entwickelten Marketingstrategie geprägt sind. Mit der Integration der Kommentare in digitale Informationssysteme wird eine Wiederbelebung der vielfältigen Verlags- und Kommentarlandschaft der 1930er Jahre praktisch unvorstellbar.

2. *Neue praktische Bedeutung älterer Kommentare nach 1989*

Die praktische Bedeutung eines Kommentars ist eng mit der Geltung seines Referenztextes verbunden. Mit den Rechtsänderungen nach 1939 mussten die

---

[147] *Bromberg,* Książki (Fn. 138), 29–30.
[148] *Święcicki,* Prawo (Fn. 22), 3.
[149] *Resich et al.,* Kodeks (Fn. 25); *Winiarz,* Kodeks (Fn. 33).
[150] *Nesterowicz,* Kodeks (Fn. 31).
[151] *Dmowski/Rudnicki,* Komentarz (Fn. 40).
[152] Vgl. <http://www.wolterskluwer.pl/polaczenie/-/artykul/planowane-polaczenie-wolters-kluwer-sa-i-lexisnexis-polska-sp-z-o-o>.

Kommentare, die in der Blütezeit der 1930er Jahren entstanden waren, allmählich an Bedeutung verlieren. Einen Sonderfall bilden hier allerdings die Kommentare zum Handelsgesetzbuch und zum Insolvenzrecht. Diese Gesetze behielten nach dem Zweiten Weltkrieg größtenteils ihre Geltung, obwohl sie im System der sozialistischen Planwirtschaft weder praktisch noch rechtstheoretisch relevant waren. Nach 1989 erlangten einige Kommentare zum Handelsgesetzbuch[153] und Insolvenzrecht[154] allerdings eine neue Bedeutung, die im Vorwort zum ersten nach dem Krieg herausgegebenen Nachdruck des Kommentars von 1935 zum Insolvenzrecht und Sanierungsverfahren anschaulich zum Ausdruck kommt. Der Nachdruck, so der Verleger, sei in Zeiten einer „stürmischen Entwicklung der Marktwirtschaft" für Juristen und Unternehmensleiter „notwendig".[155] Die praktische Bedeutung dieser Kommentare findet ihre Bestätigung auch im relativ breiten Angebot solcher Literatur Anfang der 1990er Jahre. Die ersten Kommentatoren zum Handelsgesetzbuch nach der Wende konnten auf diese Weise an die älteren Kommentare anknüpfen und die alte Kommentartradition fortsetzen.[156] Anfang des 21. Jahrhunderts wurden das Handelsgesetzbuch und das Insolvenzgesetz von 1934 durch neue Gesetze ersetzt. Dass die Autoren der Zwischenkriegszeit auch in der gegenwärtigen Literatur zum Handels- und Insolvenzrecht noch relativ häufig zitiert werden, bestätigt die erneute Autorität der Zwischenkriegskommentare in den 1990er Jahren.

3. Einfluss der Kommentare in der dogmatischen Diskussion und der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Für eine präzise, statistisch repräsentative, bibliometrische Analyse der Wirkungen polnischer juristischer Zeitschriften und Bücher fehlt es an tauglichen Instrumenten. Einen ersten Ansatz, um den Einfluss von Kommentaren zu erfassen, bietet die Zitationsanalyse, etwa mithilfe des Computerprogramms „Publish or Perish" auf der Datenbasis von Google Scholar oder durch die Suchfunktion juristischer Datenbanken wie „Legalis" und „Lex Omega", in denen Gerichtsentscheidungen und digitalisierte Kommentare verzeichnet

---

[153] *J. Namitkiewicz,* Kodeks handlowy: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z komentarzem i skorowidzem, 1994 (Nachdruck von: *ders.,* Kodeks handlowy [Fn. 67]), Bd. 3; *M. Allerhand,* Kodeks handlowy. Komentarz, 1991; 2. Aufl., 1992; 3. Aufl. 1998 (Nachdruck von: *ders.,* Kodeks handlowy. Komentarz, 1934–1935); *T. Sójka,* Komentarz według Maurycego Allerhanda i orzecznictwo Sądu Najwyższego, 1992.

[154] *M. Allerhand,* Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz, 1991, 2. Aufl., 1994, 3. Aufl., 1996 (Nachdruck von: *ders.,* Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz, 1937, mit Aktualisierung der Rechtsprechung).

[155] *J. Korzonek,* Prawo upadłościowe i prawo o postepowaniu układowym, [1992] (Nachdruck der Ausgabe von 1935), Bd. 1, 3.

[156] Vgl. *S. Sołtysiński/A. Szajkowski/J. Szwaja,* Kodeks handlowy. Komentarz, Bd. 1, 1994, IX–X.

sind. Diesem Ansatz liegt die Annahme zugrunde, dass die Häufigkeit, mit der ein Werk zitiert wird, einen Indikator für seine Wirkung bildet. Freilich hat eine solche Zählung nur beschränkte Aussagekraft. Immerhin bestätigt der Blick in die entsprechenden Datenbanken die Intuition, dass die polnischen Kommentare im 21. Jahrhundert vor allem in digitalisierter Form eine hohe Bedeutung für die Rechtspraxis und Wissenschaft gewonnen haben.

IV. Fazit

Juristische Kommentare spielten seit dem Spätmittelalter eine wichtige Rolle im *ius commune.* In der polnischen Rechtsliteratur finden sich erste Beispiele dieser Form indes erst im 19. Jahrhundert, und zu einer stärkeren Entwicklung kam es erst in den Jahren nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit Polens 1918.

Am Ausgangspunkt dieser Entwicklung standen in Polen ein Interesse an einer Annäherung an das Formvokabular der kontinentaleuropäischen Rechtstradition und die Existenz geeigneter Referenztexte in Form nationaler Gesetze. Zu einer dynamischen Entwicklung juristischer Kommentare kam es dann in den 1930er und seit den 1990er Jahren. Es liegt deshalb nahe, diese Entwicklung mit der Freiheit der juristischen Diskussion einerseits und des Verlagsmarkts andererseits zu erklären. Von den polnischen Verlegern der Zwischenkriegszeit, die sich auf juristische Kommentare spezialisierten, ist an erster Stelle Dr. Szymon Seiden, der Eigentümer des führenden Verlagshauses Ksiegarnia Powszechna, zu nennen. Er gehörte zu den Verlegern der Zwischenkriegsperiode, die ihre Verlagstätigkeit nach dem Zweiten Weltkrieg wieder aufnahmen. Aufgrund der kommunistischen Einschränkungen mussten jedoch alle Verlagshäuser ihre Publikationstätigkeiten Anfang der 1950er Jahre aufgeben. Diese Einschränkungen politischer Freiheit haben freilich nicht zu einem Ende juristischer Kommentare in Polen geführt. An die Stelle der Gesetzbücher und Gesetze der Zwischenkriegsperiode traten allmählich neue Gesetze, zu denen der staatliche Juristische Verlag (Wydawnictwo Prawnicze) neue Kommentare publizierte. Allerdings blieb deren Zahl im Vergleich zur Zeit vor 1939 beschränkt, und die für die Zwischenkriegsperiode charakteristische Vielfalt der Kommentare findet sich nicht mehr: Von 1965, als das Zivilgesetzbuch in Kraft trat, bis 1989 erschienen nur zwei Kommentare zu diesem Gesetzestext, einer in zwei Auflagen. Der erste Kommentar stammt von Richtern des OGH, die zugleich meist auch als Professoren aktiv waren. Der zweite wurde von den Mitgliedern einer juristischen Fakultät geschrieben.

In der Zwischenkriegsperiode war die Vielfalt von Kommentatoren wesentlich größer. Damalige Rezensionen betonten das „Vorrecht“ oder „volle

Recht“ zum Kommentieren der Beteiligten an Kodifikationsarbeiten oder der Verfasser von Gesetzentwürfen. Einige Redaktoren von Gesetzentwürfen sprachen von einer „moralischen Pflicht“, einen Kommentar zu verfassen. Gleichwohl überwogen unter den Kommentatoren der Zwischenkriegsperiode Richter verschiedener Instanzen und Anwälte, nicht selten mit wissenschaftlichen Ambitionen.

Ein näherer Blick auf die stürmische Entwicklung der Kommentarliteratur zum Zivilgesetzbuch seit dem Ende der 1990er Jahre untermauert die These, dass diese sich nicht als organische Fortsetzung einer polnischen Kommentartradition der Zwischenkriegsperiode verstehen lässt. Beispielsweise knüpfen diese Kommentare nicht an die formalen Kommentierungsstandards an, die in den 1930er Jahren von Księgarnia Powszechna entwickelt wurden. Die heute führenden Verleger der Kommentare sind die Tochterunternehmen von C.H. Beck und Wolters Kluwer. Diese Kommentare erläutern das Gesetz in systematischer Art und Weise. Zum Beispiel entspricht die formale Struktur der von C.H. Beck Polska publizierten Kommentare weitgehend den Beck-Kommentaren in Deutschland. Die Einleitungen der heutigen ZGB-Kommentare heben die „besondere Stellung der Autoren in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“ hervor oder bezeichnen sie als „namhafte Vertreter polnischer Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“.

Der Blick auf polnische Kommentare von 1930 bis heute zeigt, wie eng der Zweck eines Kommentars mit dem kommentierten Gesetzestext verbunden ist. Die ersten Kommentare zum Gesetzbuch von 1933, mit dem der Gesetzgeber das Schuldrecht vereinheitlicht hatte, sollten einen Beitrag zu einem einheitlichen Verständnis der Begriffe und Institute des Obligationenrechts leisten. Damit wollten die Kommentatoren dem Risiko entgegenwirken, dass die Routinen juristischen Denkens eine echte Rechtsvereinheitlichung verhinderten. Ähnlich wollten die Verfasser des ersten Kommentares zum ZGB eine einheitliche, aktualisierte Gesetzesanwendung möglich machen. Erst nach der politischen Wende des Jahres 1989 beschränkte sich der Teilkommentar zum polnischen Zivilgesetzbuch auf Vorschriften, die in der Novelle vom September 1990 eingeführt oder grundlegend geändert wurden.

Heute gelten Kommentare als Instrument zum Verständnis der kommentierten Vorschriften im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung des OGH. Ein ähnliches Bild bieten die Ende der 1930er Jahre entstandenen Kommentare zu den Gesetzen, die dem Obligationengesetzbuch vorausgegangen waren. Eine vertiefte Analyse heutiger Kommentare macht deutlich, dass die Rechtsprechung durchgehend die Grundlage der Erläuterungen bildet. Der Umfang der Rechtssprechungsanalyse zu einzelnen Fragen entspricht allerdings nicht immer dem Umfang des Kommentars.

Die Praxisorientierung der Kommentare kommt auch in der Suche nach einer leserfreundlichen Form zum Ausdruck. Heute sind alle Kommentare der Verlage C.H. Beck Polska und Wolters Kluwer Polska in den Datenbanken

dieser Unternehmen verfügbar. Die Digitalisierung der Kommentare erlaubt allgemeine Prognosen zur Zukunft dieser Literaturform in Polen: Zum einen macht die Integration der Kommentare in große Datenbanken signifikante Änderungen des heutigen Kommentarmarkts unwahrscheinlich. Zum anderen werden künftige Änderungen des Kommentarmarkts und der Form und Bedeutung von Kommentaren wahrscheinlich von der Entwicklung künstlicher Intelligenz abhängen. Freilich ist hier Vorsicht geboten; daran erinnert sinnbildlich das mittelalterliche Latein. Das Wort *commentator* bedeutete in der lateinischen Literatur Polens nämlich gleichermaßen denjenigen, der etwas erklärt (*auctorum explanator*) wie denjenigen der Böses tut (*mali facinoris*).[157]

[157] Elektroniczny Słownik Łaciny Średniowiecznej w Polsce, s.v. *commentator,* online: <http://scriptores.pl/elexicon>.

Die juristische Literaturlandschaft Russlands

Eine Kommentarwüste

Andrey M. Shirvindt

I. Einleitung

1. Forschungsstand

Sowohl der juristische Kommentar im Besonderen als auch juristische Literaturformen im Allgemeinen sind in Russland bislang kaum Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung geworden. Weder Juristen[1] noch Sprachwissenschaftler haben bisher Interesse für das Thema gezeigt. Auch die soziologische Forschung hat dieses Terrain nur selten betreten.

Juristen reflektieren ihre literarische Tätigkeit des Kommentierens[2] als solche nur in einem Dutzend Rezensionen, manchen Vorworten zu Kommentaren sowie implizit in einigen wenigen unkonventionellen Kommentaren. Einen Beitrag zur soziologischen Kommentarforschung leistet eine vom Verfasser initiierte und in einer Zusammenarbeit mit Soziologen am Institut für Probleme der Rechtsanwendung der Europäischen Universität in Sankt Petersburg (vor allem mit *Ekaterina A. Hodžaeva*) entworfene und durchgeführte Befragung der beinahe siebenhundert Jurastudenten der fünf Universitäten in Jekaterinburg, Krasnodar, Moskau, Tomsk und Woronesch. Die Studie gibt Auskunft über den Umgang von Studierenden mit verschiedenen Quellenarten und Literaturformen, insbesondere mit Kommentaren.[3]

Die folgenden Ausführungen stellen daher nicht viel mehr als eine informierte Meinung dar. Diese hat sich unter anderem aufgrund von Gesprächen und Briefwechseln mit Kollegen gebildet, die Kommentare schreiben, herausgeben oder einfach lesen. Manch interessante Fragestellung hat sich außerdem aus einem Seminar ergeben, welches Soziologen des Instituts für Probleme der Rechtsanwendung auf Anfrage des Verfassers freundlicherweise veranstaltet haben.

Der Verfasser ist als Privatrechtswissenschaftler tätig und seine Überlegungen zu Kommentaren mögen vor allem auf diesem Rechtsgebiet von Re-

---

[1] Zu den seltenen Ausnahmen gehört ein Aufsatz über Lehrbücher zum Zivilrecht: *V. A. Belov,* Zakonomernosti strukturirovanija graždansko-pravovoj nauki kak predmeta universitetskogo izučenija [Gesetzmäßigkeiten der Strukturierung der Zivilrechtswissenschaft als Gegenstand des Universitätsstudiums], Vestnik graždanskogo prava [Anzeiger des Zivilrechts] 3 (2009), 254–288.

[2] Dass diese Tätigkeit einen selbstverständlichen Bestandteil der russischen Rechtskultur schon im 20. Jahrhundert bildete, bezeugen beispielsweise die bekannten Versuche einer Gesamtdarstellung der sowjetischen Zivilrechtswissenschaft (vgl. *O. A. Krasavčikov,* Sovetskaja nauka graždanskogo prava (ponjatie, predmet, sostav i sistema) [Die sowjetische Zivilrechtswissenschaft (Begriff, Gegenstand, Bestand und System)], 1961, 46, 60, 78 und *passim; O. S. Ioffe,* Razvitie civilističeskoj mysli v SSSR (čast' 1) [Entwicklung der Zivilrechtswissenschaft in der UdSSR (Teil 1)], 1975, 14 f.).

[3] *A. M. Širvindt/E. A. Hodžaeva,* Čto čitajut studenty juridičeskix vuzov: pervye rezul'taty issledovanija [Was die Studenten der juristischen Hochschulen lesen: Die ersten Ergebnisse der Studie], Zakon [Das Gesetz] 9 (2009), 85–89.

levanz sein. Die Werturteile, die im vorliegenden Aufsatz gefällt werden, sollten außerdem vor dem Hintergrund gedeutet werden, dass der Verfasser über langjährige Erfahrungen mit der deutschen Kommentarliteratur verfügt.

2. Das Wort „комментарий“ und der Kommentarbegriff

Mit dem Wort *комментарий* (Kommentar) bzw. *комментарии* (Kommentare) werden in Russland verschiedene Formen juristischer Literatur bezeichnet. Außer den „Kommentaren“ zu einzelnen Gerichtsentscheidungen schreibt man „Kommentare zur Gesetzgebung“ bzw. „Rechtsprechung“ auf einem bestimmten Rechtsgebiet oder sogar „Kommentare“ zu Dissertationen oder Justizirrtümern.

Dem vorliegenden Aufsatz liegt ein engerer Kommentarbegriff zugrunde. Um den Gegenstand der Untersuchung zu begrenzen und deren Ergebnisse vergleichbar zu machen wird auch hier unter Kommentar jeder Text verstanden, „der sich strukturell an einen anderen Text anlehnt (Primärtext, Basistext, Referenztext) und diesen fortlaufend erläutert“.[4] Auch dieser engere Kommentarbegriff wird in Russland unter die Bezeichnung „комментарий“ gefasst.

3. Medialität

Kommentare werden überwiegend als selbstständige Bücher und seltener als Artikel in einer Zeitschrift veröffentlicht. Auf das Format des Zeitschriftenbeitrags greifen vor allem Kommentierungen zu neu verabschiedeten, kleineren Regelwerken zurück.

Oft werden bereits auf Papier erschienene Kommentare nachträglich digitalisiert und in elektronischer Form in Datenbanken aufgenommen. Vereinzelt erscheinen Kommentare von Beginn an sowohl gedruckt als auch in elektronischer Form. Mittlerweile sind diejenigen Kommentare zahlreich geworden, die nur in elektronischer Form erscheinen und in den Datenbanken zugänglich sind.

Wie unsere Studie gezeigt hat, greifen Jurastudenten fast ausschließlich auf Kommentare in elektronischer Form zurück. Nur 11 % der Befragten benutzen gedruckte Kommentare. Angesichts der Tatsache, dass 65 % derselben Studenten aber Lehrbücher in Papierform nutzen, ist dieser Befund besonders aussagekräftig. Aufgrund persönlicher Beobachtungen vermute ich, dass dieses Ergebnis insoweit verallgemeinerungsfähig ist, als nicht nur Studierende, sondern auch berufstätige Juristen Kommentare vor allem elektronisch mithilfe von Online-Datenbanken nutzen.

---

[4] *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2016, 9.

4. Zahlen

Der Bestand der Russischen Staatsbibliothek umfasst laut ihrem elektronischen Katalog insgesamt circa 4500 Kommentare in Buchform. Die nachfolgende Tabelle zeigt eine Jahresübersicht der publizierten Kommentare für die Zeit von 2006 bis 2019 (Stand: 8. April 2020). Jeder Band und jede Auflage werden einzeln gezählt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass mehrbändige Kommentare selten sind. Einige Exemplare sind mehr als einmal im Katalog erfasst und deshalb mehrfach gezählt worden.

Erscheinungsjahr	Ungefähre Anzahl der Kommentare
2019	60
2018	65
2017	80
2016	95
2015	90
2014	130
2013	85
2012	145
2011	170
2010	210
2009	175
2008	190
2007	230
2006	190

Der hier zu beobachtende Rückgang der Kommentarzahlen in den letzten Jahren steht in einem deutlichen Gegensatz zur ständigen und sich auf fast alle Rechtsgebiete erstreckenden Erhöhung der Zahl der Gesetze über denselben Zeitraum.[5] Dies mag unter anderem damit zusammenhängen, dass die Gesetzgebungsflut sich nunmehr vor allem auf Gesetzesänderungen beschränkt und selten völlig neue Gesetze erlassen werden.[6] Für Autoren, Herausgeber und Verleger mag es aber aus verschiedenen Gründen attraktiver sein, einen neuen Kommentar zu einem neuen Gesetz zu veröffentlichen, als einen alten Kommentar stets den unaufhörlichen Gesetzesänderungen anzupassen.[7] Als weitere mögliche Gründe können der Medienwandel, d.h. die

[5] Siehe die Ergebnisse der von *Natal'ja Tkačenko,* einer Expertin der Datenbank „Garant", durchgeführten statistischen Studie, die sich mit dem Verhalten des föderalen Gesetzgebers im Zeitraum vom 1.1.1994 bis zum 1.7.2016 auseinandersetzt: *N. Tkačenko,* Statističeskij analiz federal'nogo zakonodatel'stva [Eine statistische Analyse der föderalen Gesetzgebung], 2017, online: <http://base.garant.ru/57208190>; <https://www.csr.ru/uploads/2017/02/Issledovanie_TSSR_statistika-po-zakonoproektam.pdf>.

[6] Ebenda.

[7] Ein Rezensent stellt fest, dass viele Kommentare zum Ordnungswidrigkeitengesetzbuch schon zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wegen der „Hyperaktivität des russischen

Tatsache, dass immer mehr Kommentare nur in elektronischer Form erscheinen, die Wirkung von Selektionsmechanismen des Marktes, das Aufkommen alternativer Hilfsmittel (wie Rechtsprechungsdatenbanken) oder einfach die Verbreitung des Internets aufgeführt werden.

Die Zahl der speziell für eine der wichtigsten Datenbanken „Konsul'tant Pljus" verfassten Kommentare beträgt insgesamt circa 1050. In der folgenden Tabelle sind die Kommentarzahlen je nach Erscheinungsjahr in der Zeitspanne von 2006 bis 2019 aufgeführt (Stand: 8. April 2020).

Erscheinungsjahr	(ungefähre) Anzahl der Kommentare
2019	15
2018	20
2017	30
2016	55
2015	75
2014	70
2013	80
2012	85
2011	85
2010	100
2009	65
2008	65
2007	85
2006	90

II. Was wird kommentiert?

Es gibt kaum eine Art von autoritativen juristischen Texten, die nicht Gegenstand von Kommentierungen geworden ist. Zwischen für eine Kommentierung geeigneten und ungeeigneten Regelwerken wird also kaum unterschieden.

1. *Staatliche Regelwerke auf föderaler Ebene*

Vor allem die Verfassung, Gesetzbücher und einzelne Gesetze sowie Richtlinien der obersten Gerichte[8] werden artikel- bzw. ziffernweise (selten kapitel-

Gesetzgebers" veraltet waren (*Ju. P. Solovej,* Rezension: A.S. Dugenec/M.Ja. Maslennikov (Hg.), Kommentar zu Kapiteln 24–32 des Ordnungswidrigkeitsgesetzes, 2012, Administrativnoe pravo i process [Verwaltungsrecht und -verfahren] 10 (2012), 75–76, 76).

[8] Darunter sind die abstrakt, d.h. ohne Bezug auf einen konkreten Fall, formulierten Aussagen über das geltende Recht zu verstehen, die von einem Höchstgericht (dem Obersten Gericht und früher von dem mittlerweile mit Wirkung vom 6.8.2014 abgeschafften Obersten Arbitragegericht) in Form der Plenumsbeschlüsse, Informationsbriefe u.Ä. erlassen werden und, obwohl sie nicht formell verbindlich sind, doch eine faktische Autorität

weise) kommentiert. Auch Kommentare zu internationalen Abkommen, Erlasse des Präsidenten und Regierungsverordnungen sind nicht selten. Zudem entstehen hin und wieder auch Kommentare zu Verordnungen von Ministerien und Anweisungen der Zentralbank.

2. Staatliche Regelwerke auf regionaler Ebene

Es werden jedoch nicht nur die Texte, die auf der Ebene der Föderation gelten kommentiert, sondern es gibt auch Kommentare zu Verfassungen bzw. Satzungen von Föderationssubjekten (Adygeja, Baschkortostan, Oblast Belgorod, Oblast Brjansk, Burjatien, Kalmückien, Republik Karelien, Moskau, Nordossetien-Alanien, Sacha [Jakutien], Oblast Tjumen, Tschetschenien, Tuwa) sowie zu regionaler Gesetzgebung (Oblast Brjansk, Chakassien, Oblast Irkutsk, Region Krasnojarsk, Moskau, Oblast Tjumen, Oblast Twer).

3. Nichtstaatliche Regelwerke

Vereinzelt erscheinen zudem Kommentare zu Schiedsgerichtsordnungen, Verhaltenskodizes oder gar zu nichtstaatlichen Kodifikationen (*Code Européen des Contrats*).

4. Novellen

Einen weiteren etablierten Typus bilden Kommentare zu Gesetzesnovellen, die sich ausschließlich oder hauptsächlich den Neuerungen des geänderten Referenztextes widmen.

5. Teilkommentierungen

Erstaunlich hoch ist auch der Anteil von Kommentaren, welche nicht das ganze Regelwerk, sondern nur Teile desselben (Kapitel, Abschnitte, ausgewählte Artikel u. Ä.) zum Gegenstand haben. Die Gründe für diesen Usus sind verschieden: Zum einen kommen vermarktungs- bzw. publikationstaktische Überlegungen als mögliche Ursache in Betracht. Bisweilen gibt es auch offensichtliche Erklärungen, wie etwa im Fall des ZGB: Hier wurde das Gesetz selbst in vier Teilen über eine Zeitspanne von zwölf Jahren verabschiedet. Vor allem lässt sich die Beobachtung vermutlich mit dem Mangel an Institutionen erklären, welche imstande wären, einen Rahmen für die Zusammenarbeit größerer Autorenteams zu organisieren sowie bestimmte Standards des Kommentierens zu entwickeln und einzelnen Verfassern vorzugeben.

---

für sich haben. Für einen Überblick dieser Tätigkeit des Obersten Arbitragegerichts siehe z. B. *A. Trunk,* Qualität und Stil der Rechtsprechung des Höchsten Wirtschaftsgerichts der Russländischen Föderation, in: O. Luchterhandt (Hg.), Rechtskultur in Russland: Tradition und Wandel, 2011, 231–246, 237 ff.

III. Von wem wird kommentiert?

1. Autorenteams und Einzelpersonen

Die meisten bedeutenden Kommentare zur Verfassung, Gesetzbüchern und größeren Gesetzen stammen von Autorenkollektiven, die jeweils bis zu mehreren Dutzend Mitgliedern umfassen. Die von einem oder einigen wenigen Autoren geschaffenen Kommentare beziehen sich hauptsächlich auf kleinere Regelwerke oder Teile eines Regelwerkes. Gewagtere Kommentierungen von Einzelpersonen sind – wenngleich zahlreich vorhanden – überwiegend von geringerer Qualität und peripherer Bedeutung. Sie stammen meist von Personen, die keinen seriösen institutionellen Bezug haben und in Fachkreisen kaum bekannt sind. Berühmt-berüchtigt ist z. B. ein gewisser *Aleksej N. Guev* geworden, der so gut wie alle Gesetzbücher alleine kommentiert hat. Auch *Aleksandr N. Borisov,* der über hundert Kommentare geschrieben hat, sowie die Buchhalterin und Steuerberaterin *Galina Ju. Kas'janova,* welche Kommentare zu den wichtigsten Gesetzbüchern (Zivilgesetzbuch, Strafgesetzbuch, Familiengesetzbuch, Zivilprozessbuch u. a.) herausgegeben und mehrmals neu aufgelegt hat, wird man zu solchen „Kommentarhelden" zählen dürfen. Ob diese Buchproduktion vermarktungstechnisch erfolgreich ist und ob sich derartige literarische Tätigkeit finanziell lohnt, kann ich nicht beurteilen.

2. Autorenteams

Autorenteams bilden sich in der Regel um ein Staatsorgan, eine Forschungseinrichtung oder eine Universität. Die Herausgeberschaft wird in diesen Fällen oft vom Leiter der jeweiligen Institution oder der zuständigen Abteilung derselben übernommen. Unter den Autoren sind dann aber üblicherweise nicht ausschließlich Mitarbeiter der Schirminstitution.

a) Staatsorgane

Die um ein Staatsorgan gebildeten Teams kommentieren die Regelwerke, die dieses Staatsorgan entweder (mit)entworfen oder anzuwenden hat. Diese Kategorisierung ist selbstverständlich insoweit unscharf, als die für die Anwendung eines Regelwerkes zuständigen Staatsorgane oft auch an der Herstellung des Entwurfs beteiligt sind.

(1) Höchstgerichte und andere Rechtsanwender

In die Kategorie der von Rechtsanwendern verfassten Werke fallen vor allem Kommentare, die von einem um ein Höchstgericht gebildeten Autorenkollektiv stammen. Zu nennen sind hier insbesondere:

– der zum größten Teil von amtierenden und ehemaligen Verfassungsrichtern geschriebene und vom Vorsitzenden des Verfassungsgerichts *Valerij D. Zor'kin* herausgegebene Kommentar zur Verfassung;[9]
– die zum größten Teil von amtierenden und ehemaligen Richtern des Obersten Gerichts geschriebenen und vom Vorsitzenden des Gerichts *Vjačeslav M. Lebedev* herausgegebenen Kommentare zum Strafgesetzbuch,[10] zum Strafprozessgesetzbuch[11] und zu den strafrechtlichen Richtlinien des Obersten Gerichts;[12]
– der zum größten Teil von Richtern und Beamten des Obersten Arbitragegerichtes[13] verfasste und vom damaligen Vorsitzenden des Gerichts *Veniamin F. Jakovlev* und dessen Stellvertretenden Vorsitzenden *Michail K. Jukov* im Jahre 2003 herausgegebene Kommentar zum Arbitrageprozessgesetzbuch;[14]
– der zum größten Teil von Richtern und Beamten des Obersten Arbitragegerichtes geschriebene und vom damaligen Stellvertretenden Vorsitzenden *Vasilij V. Vitrjanskij* im Jahre 2003 herausgegebene Kommentar zum Insolvenzgesetz;[15]
– der ausschließlich von Beamten und der Stellvertretenden Vorsitzenden des Obersten Arbitragegerichtes *Tat'jana K. Andreeva* geschriebene und von der letzteren im Jahre 2013 herausgegebene Kommentar zum Arbitrageprozessgesetzbuch;[16]

---

[9] Bis dato in drei Auflagen in den Jahren 2009, 2012 und 2013 erschienen, zuletzt *V. D. Zor'kin* (Hg.), Kommentarij k Konstitucii Rossijskoj Federacii [Kommentar zur Verfassung der Russischen Föderation], 3. Aufl., 2013. Bei der ersten Auflage ist *Leonid V. Lazarev,* ein führender Beamter des Verfassungsgerichts, als Mitherausgeber aufgetreten.

[10] In verschiedenen Versionen in mehreren Auflagen in den 1990er–2010er Jahren erschienen, zuletzt *V. M. Lebedev* (Hg.), Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii. V 4 tomax [Kommentar zum Strafgesetzbuch der Russischen Föderation; in 4 Bänden], 2020.

[11] Zuletzt *V. M. Lebedev* (Hg.), Naučno-praktičeskij kommentarij k Ugolovno-processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii [Wissenschaftlich-praktischer Kommentar zum Strafprozessgesetzbuch der Russischen Föderation], 2014.

[12] Zuletzt *V. M. Lebedev* (Hg.), Kommentarij k postanovlenijam Plenuma Verxovnogo Suda Rossijskoj Federacii po ugolovnym delam [Kommentar zu den Plenumsbeschlüssen des Obersten Gerichtshofs der Russischen Föderation in Strafsachen], 3. Aufl., 2014.

[13] Als *арбитражные суды* (Arbitragegerichte) werden in Russland staatliche Wirtschaftsgerichte bezeichnet.

[14] *V. F. Jakovlev/M. K. Jukov* (Hg.), Kommentarij k Arbitražnomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii [Kommentar zum Arbitrageprozessgesetzbuch der Russischen Föderation], 2003.

[15] *V. V. Vitrjanskij* (Hg.), Naučno-praktičeskij kommentarij (postatejnyj) k Federal'nomu zakonu „O nesostojatel'nosti (bankrotstve)“ [Wissenschaftlich-praktischer artikelweise strukturierter Kommentar zum föderalen Insolvenzgesetz], 2003.

die zum größten Teil von amtierenden und ehemaligen Richtern und Beamten des Obersten Arbitragegerichtes geschriebenen, von der Richterin des Gerichts *Ljudmila A. Novoselova* (zusammen mit *Marija A. Rožkova*) herausgegebenen und in mehreren Heften erschienenen Kommentare zu Richtlinien des Obersten Arbitragegerichtes (2007–2011).[17]

Dieser Tradition schließt sich wohl der zum größten Teil von Schiedsrichtern des Internationalen Handelsschiedsgerichts bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation geschriebene und vom früheren Vorsitzenden des Handelsgerichts *Aleksandr S. Komarov* herausgegebene Kommentar zur Schiedsgerichtsordnung der Institution[18] an.

Auch den zum großen Teil von Beamten des Föderalen Antimonopoldienstes geschriebenen und von dem Leiter desselben *Igor' Ju. Artem'ev* herausgegebenen Kommentar zum Wettbewerbsschutzgesetz[19] wird man wohl dieser Gruppe zuordnen dürfen.

(2) Staatsduma-Ausschüsse

Eine zweite Gruppe bilden hauptsächlich Kommentare von Autorenteams, welche sich rund um die von *Pavel V. Kraševinnikov* geleiteten Staatsduma-Ausschüsse gebildet haben. Zu nennen sind hier insbesondere die zum großen Teil von amtierenden und ehemaligen Mitarbeitern des jeweiligen Ausschusses geschriebenen, von *Kraševinnikov* herausgegebenen und in mehreren Auflagen in den 2000er bis 2010er Jahren erschienenen Kommentare unter anderem zum Arbitrageprozessgesetzbuch, Familiengesetzbuch, Wohnungsgesetzbuch, Zivilgesetzbuch, Zivilprozessgesetzbuch sowie zum Vormundschafts- und Pflegschaftsgesetz, Personenstandgesetz.[20]

---

[16] *T. K. Andreeva* (Hg.), Arbitražnyj processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii s postatejnymi materialami sudebnoj praktiki i kommentarijami [Arbitrageprozessgesetzbuch der Russischen Föderation mit artikelweise geordneter Rechtsprechung und Kommentaren], 2013.

[17] *L. A. Novoselova/M. A. Rožkova* (Hg.), Praktika rassmotrenija kommerčeskich sporov: Analiz i kommentarii postanovlenij Plenuma i obzorov Prezidiuma Vysšego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii [Rechtsprechung in Wirtschaftssachen: Analyse und Kommentare zu den Plenumsbeschlüssen und Rechtssprechungsüberblicken des Präsidiums des Obersten Arbitragegerichts der Russischen Föderation], Hefte 1–17, 2007–2011.

[18] *A. S. Komarov* (Hg.), Reglament Meždunarodnogo kommerčeskogo arbitražnogo suda pri Torgovo-promyšlennoj palate Rossijskoj Federacii: naučno-praktičeskij kommentarij [Schiedsgerichtsordnung des Internationalen Handelsschiedsgerichts bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation: ein wissenschaftlich-praktischer Kommentar], 2012.

[19] *I. Ju. Artem'ev* (Hg.), Naučno-praktičeskij kommentarij k Federal'nomu zakonu „O zaščite konkurencii" (postatejnyj) [Wissenschaftlich-praktischer artikelweise strukturierter Kommentar zum föderalen Wettbewerbsschutzgesetz], 1. Aufl., 2015; 2. Aufl., 2016.

b) Forschungseinrichtungen und Universitäten

Als akademische Zentren des juristischen Kommentierens haben bislang hauptsächlich Institutionen gedient, die schon zu sowjetischen Zeiten aktiv waren. So stammt die Mehrzahl der ersten wichtigen Kommentare zum neuen (in vier Teilen in den Jahren 1994–2006 verabschiedeten) Zivilgesetzbuch von Autorenteams, die sich um das Institut für Staat und Recht der Russischen Akademie der Wissenschaften,[21] das Institut für Gesetzgebung und Rechtsvergleichung[22] und die Moskauer Staatliche Juristische Akademie (heute Moskauer Staatliche Juristische Universität)[23] gebildet haben. Mittlerweile wird keiner der Kommentare mehr fortgeführt; dies mag wohl am Generationenwechsel sowie am Bedeutungsverlust der Institute liegen.

---

[20] Siehe z.B. *P. V. Krašeninnikov* (Hg.), Arbitražnyj processual'nyj kodeks Rossijskoj Federacii: postatejnyj kommentarij [Arbitrageprozessgesetzbuch der Russischen Föderation: ein artikelweise strukturierter Kommentar], 2018; *ders.* (Hg.), Graždanskij kodeks Rossijskoj Federacii: postatejnyj kommentarij v 3 tomax [Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation: ein artikelweise strukturierter Kommentar in 3 Bänden], 2014.

[21] In mehreren Auflagen in den 1990er–2010er Jahren erschienen, zum größten Teil von Mitarbeitern des Instituts geschrieben und von der Leiterin des Sektors für Zivilrecht, Zivil- und Arbitrageprozess *Tamara E. Abova* zusammen mit dem wissenschaftlichen Mitarbeiter des Instituts *Aleksandr Ju. Kabalkin* u.a. herausgegeben: *T. E. Abova/A. Ju. Kabalkin/V. P. Mozolin* (Hg.), Graždanskij kodeks Rossijskoj Federacii. Čast' 1. Naučno-praktičeskij kommentarij [Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation. Erster Teil. Wissenschaftlich-praktischer Kommentar], 1996; *T. E. Abova/A. Ju. Kabalkin* (Hg.), Graždanskij kodeks Rossijskoj Federacii. Čast' vtoraja. Razdel IV. Otdel'nye vidy objazatel'stv: Kommentarij [Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation. Zweiter Teil. Abschnitt IV. Einzelne Arten der Schuldverhältnisse: ein Kommentar], 1999; *dies.* (Hg.), Naučno-praktičeskij kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii: v 2 tomax [Wissenschaftlich-praktischer Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation in zwei Bänden], 7. Aufl., 2012.

[22] In mehreren Auflagen in den 1990er–2000er Jahren erschienen, zum größten Teil von Mitarbeitern des Instituts geschrieben und vom Mitarbeiter des Instituts *Oleg N. Sadikov* herausgegeben: *ders.* (Hg.), Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj [Kommentar zum Ersten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 1. Aufl., 1995; 3. Aufl., 2008; *ders.* (Hg.), Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti vtoroj (postatejnyj) [Kommentar zum Zweiten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation (artikelweise strukturiert)], 1. Aufl., 1996; 5. Aufl., 2008.

[23] Fast ausschließlich von ihren Dozenten geschrieben und vom Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht Viktor P. Mozolin zusammen mit der Professorin des Lehrstuhls Marina N. Maleina herausgegeben: *V. P. Mozolin* (Hg.), Naučno-praktičeskij kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj [Wissenschaftlich-praktischer Kommentar zum Ersten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 1996; *ders./M. N. Maleina* (Hg.), Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj [Kommentar zum Ersten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 2006; *V. P. Mozolin* (Hg.), Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti tret'ej [Kommentar zum Dritten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 2006.

Doch einige traditionsreiche Einrichtungen sind auch heute noch aktiv. So stammen mehrere Kommentare zu den Zivil-, Arbitrage- und Verwaltungsprozessgesetzbüchern, zum Vollstreckungsverfahrensgesetz sowie zum Gesetz über alternative Streitbeilegung (Mediation) von Autorenkollektiven, die fast ausschließlich aus Mitarbeitern des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht der Staatlichen Juristischen Akademie des Uralgebiets (heute Staatliche Juristische Universität des Uralgebiets) bestehen. Als Herausgeber der Kommentare tritt dabei in der Mehrzahl der Fälle der Lehrstuhlinhaber[24] *Vladimir V. Jarkov* auf.[25]

Allerdings haben sich auch rund um die neuentstandenen Institutionen Autorenteams gebildet. Aus der Feder solcher Teams stammen:

- der zum größten Teil von Mitarbeitern des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminalistik der *Higher School of Economics* geschriebene, vom Lehrstuhlinhaber *Gennadij A. Esakov* herausgegebene und in mehreren Auflagen in den 2010er Jahren erschienene Kommentar zum Strafgesetzbuch;[26]
- der zum größten Teil von Mitarbeitern des Lehrstuhls für Strafrecht der Russischen Akademie der Justiz (heute Russische Staatliche Universität der Justiz) geschriebene und vom Lehrstuhlinhaber *Aleksandr V. Brilliantov* herausgegebene Kommentar zum Strafgesetzbuch;[27]
- sowie der überwiegend von Mitarbeitern des Sergei-Alexejew–Forschungszentrums für Privatrecht geschriebene und von einer Abteilungsleiterin (*Elena A. Pavlova*) herausgegebene Kommentar zum vierten Teil des Zivilgesetzbuchs.[28]

c) Institutionelle Kooperationen

Nicht selten sind auch unterschiedlich geartete Kooperationen zwischen Mitarbeitern eines Staatsorgans auf der einen und einer Forschungs- bzw. Bil-

---

[24] Lehrstühle verfügen in Russland über mehrere Professoren- und Mittelbaustellen und weisen grundsätzlich die Größe eines mittelgroßen bzw. großen Instituts in Deutschland auf.

[25] Siehe z.B. *V. V. Jarkov* (Hg.), Kommentarij k Arbitražnomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii (postatejnyj) [Kommentar zum Arbitrageprozessgesetzbuch der Russischen Föderation (artikelweise strukturiert)], 4. Aufl., 2020; *ders.* (Hg.), Kommentarij k Federal'nomu zakonu „Ob ispolnitel'nom proizvodstve" (postatejnyj) [Kommentar zum Vollstreckungsverfahrensgesetz (artikelweise strukturiert)], 2. Aufl., 2014.

[26] Zuletzt *G. A. Esakov* (Hg.), Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii: postatejnyj kommentarij [Strafgesetzbuch der Russischen Föderation: ein artikelweise strukturierter Kommentar], 8. Aufl., 2020.

[27] Zuletzt *A. V. Brilliantov* (Hg.), Kommentarij k Ugolovnomu kodeksu Rossijskoj Federacii: v 2 tomax (postatejnyj) [Kommentar zum Strafgesetzbuch der Russischen Föderation in zwei Bänden (artikelweise strukturiert)], 2. Aufl., 2015.

[28] *E. A. Pavlova* (Hg.), Kommentarij k časti četvertoj Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii (postatejnyj) [Kommentar zum Vierten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation (artikelweise strukturiert)], 2018.

dungseinrichtung auf der anderen Seite. Dabei ist es sehr häufig der Fall, dass entweder ein aus der Nähe eines Staatsorgans stammender Kommentar von Wissenschaftlern mitgeschrieben wird oder umgekehrt. Manchmal gestaltet sich die Zusammenarbeit verschiedener Schirminstitutionen derart intensiv, dass man von einer (wenn auch informellen) institutionellen Kooperation sprechen könnte.

An den vom Leiter der Staatsduma-Ausschüsse *Kraševinnikov* herausgegebenen Kommentaren beteiligen sich beispielsweise in der Regel auch Dozenten des Lehrstuhls für Zivilrecht der Staatlichen Juristischen Universität des Uralgebiets, wo *Kraševinnikov* studiert und promoviert hat und nun eine Professur besetzt. Der teilweise von Beamten des Föderalen Antimonopoldienstes geschriebene und vom Leiter desselben herausgegebene Kommentar zum Wettbewerbsschutzgesetz ist in einer engen und vom Herausgeber im Vorwort auch hervorgehobenen Kooperation mit dem Moskauer Staatlichen Institut für Internationale Beziehungen entstanden.

d) Verfasser des Gesetzentwurfs

Einen etablierten Kommentartypus bildet der vom Verfasser des Referenztextes selbst geschriebene Kommentar. Oft kommentieren ein oder zwei Mitglieder der für den Erlass zuständigen Arbeitsgruppe auch das neugeschaffene Regelwerk. Manchmal verwandelt sich nach der Verabschiedung eines Regelwerkes sogar die gesamte Expertengruppe, welche an dem Entwurf gearbeitet hat, in ein Autorenteam für eine entsprechende Kommentierung.

Das wohl prominenteste Beispiel dafür sind die Kommentare zu verschiedenen Teilen des ZGB, die in den 1990er bis 2000er Jahren entstanden sind. Die Herausgeber waren meistens Mitglieder der Arbeitsgruppen (*Oksana M. Kozyr', Aleksandr L. Makovskij, Evgenij A. Suchanov, Stanislav A. Chochlov*); in zwei Fällen übernahm der Herausgeber der Zeitschrift „Wirtschaft und Recht" *Vladimir D. Karpovič* die Herausgeberschaft. Aber auch die schon früher genannten Kommentare, die unter der Schirmherrschaft der zuständigen Staatsduma-Ausschüsse herausgegeben werden und die zu einem großen Teil von den Entwurfsverfassern geschrieben werden, zählen zu diesem Kommentartypus.

e) Verlage, Herausgeberpersönlichkeiten, Datenbanken

Keine stabilen Gravitationszentren für Autorenteams stellen Verlage dar. Kommentare werden unter Juristen kaum durch Angabe von Verlagsnamen bezeichnet, obwohl es nicht an Versuchen seitens der Verleger gefehlt hat, zu einem derartigen Sprachgebrauch anzuregen (zum Beispiel die Reihe des Verlags „Norma" mit dem spitznamentauglichen Titel „Kommentarii ‚Normy'"). Teils kommentieren dieselben Autorenkollektive bei mehreren

Verlagshäusern, ja sogar verschiedene Auflagen (bzw. Versionen) desselben Kommentars werden bisweilen von unterschiedlichen Häusern verlegt.

Hin und wieder entstehen Autorenteams, die sich um eine Person mit besonderem Charisma sammeln. Die von *Vadim A. Belov, Artëm G. Karapetov* oder *Nikolaj B. Ščerbakov* herausgegebenen Kommentare zu Teilen des Zivilgesetzbuchs stammen etwa von so entstandenen Kollektiven. Die Lebensdauer solcher Projekte und solcher Teams hängt typischerweise stark vom Engagement der jeweiligen Person ab. So ist zum Beispiel der erfolgreiche Kommentar *Belovs* nach der zweiten Auflage auf Eis gelegt worden, weil sich der Herausgeber dieser Arbeit nicht dauerhaft verpflichten wollte.[29]

Zahlreich sind im Übrigen Kommentare geworden, die gezielt für die eine oder andere Datenbank verfasst werden und auch nur in dieser Datenbank in elektronischer Form existieren. Nach welchen Kriterien sich die Autorenteams in diesen Fällen bilden, kann ein Außenstehender dabei kaum einsehen.

3. *Berufe*

Die meisten Kommentare stammen von Richtern bzw. Beamten eines Höchstgerichts oder von Berufswissenschaftlern, wobei zu berücksichtigen ist, dass auch die Autoren aus dem Gerichtssystem sehr oft über hohe akademische Titel verfügen, Stellen an Forschungs- und Bildungseinrichtungen besetzen und aktiv publizieren.

Andere juristische Berufe sind in der Kommentarliteratur weniger vertreten. Vereinzelt sind auch Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsjuristen und Staatsbeamte unter den Verfassern anzutreffen. Einen nennenswerten Anteil an Autorenkollektiven stellen diese Berufsgruppen hauptsächlich dann, wenn es sich um Kommentare zu berufsspezifischen Gesetzen handelt: Notare beteiligen sich intensiver an den Kommentaren zum Notariatsgesetz, Gerichtsvollzieher kommentieren manchmal zum Vollstreckungsverfahrensgesetz usw., obwohl auch hier häufig (hauptberufliche) Wissenschaftler die Mehrheit des Teams bilden.

4. *Teamzusammensetzung als autoritätsstiftender Faktor*

Dass die Autorität eines Textes von der persönlichen Autorität des Verfassers mitbestimmt wird, ist in Russland eine Selbstverständlichkeit.[30] Besonders plastisch kommt dies in den Fällen zum Ausdruck, wo die Aufnahme bestimmter Personen in das Team offensichtlich von dem Bestreben getragen wird, die Autorität des Kommentars zu steigern. Dies lässt sich wohl etwa

[29] Freundliche Mitteilung des Herausgebers.

[30] Vgl. *S. V. Bošno,* Doktrina kak forma i istočnik prava [Doktrin als Form und Quelle des Rechts], Žurnal rossijskogo prava [Zeitschrift des russischen Rechts] 12 (2003), 70–79, 75.

hinsichtlich des Kommentars zum Zivilprozessgesetzbuch annehmen, der von Mitarbeitern des Lehrstuhls für Zivilprozessrecht der Staatlichen Juristischen Universität des Uralgebiets und einigen amtierenden und ehemaligen Richtern der Region unter der Redaktion des Lehrstuhlinhabers *Vladimir V. Jarkov* verfasst und vom Stellvertretenden Vorsitzenden des Obersten Gerichts *Vasilij I. Nečaev* herausgegeben wurde.[31] Ähnlich in diesem Sinne ist der fast ausschließlich von Professoren und Wissenschaftlern (unter der Redaktion der zwei Professoren *Valentin T. Tomin* und *Michail P. Poljakov*) geschriebene, aber vom damaligen Stellvertretenden Vorsitzenden des Obersten Gerichts *Vladimir I. Radčenko* herausgegebene Kommentar zum Strafprozessgesetzbuch.[32] Die bloß autoritätsstiftende Funktion derartiger Teamzusammensetzungen wird dadurch augenfällig, dass die Herausgeber weder selbst mitkommentieren noch die wissenschaftliche Redaktion übernehmen.

Ebenfalls der Autoritätssteigerung dient wahrscheinlich die weit verbreitete Gepflogenheit, auf der Impressumseite des Kommentars einen oder zwei Rezensenten zu präsentieren, die als amtierende oder ehemalige Beamte einem für den sachlichen Geltungsbereich des Referenztexts zuständigen Organ angehören. Allein mit dem Argument einer Qualitätskontrolle lässt sich die Heranziehung solcher Rezensenten wohl kaum erklären.

IV. Wie wird kommentiert?

Von sehr seltenen Ausnahmen abgesehen, fallen Kommentierungen kurz und simpel aus. Meistens wird der Referenztext lediglich mit anderen Worten wiedergegeben. Falls einschlägige Richtlinien der obersten Gerichte existieren, werden eventuell auch diese paraphrasiert. Die Rechtsprechung und das Schrifttum werden zwar bei der Kommentierung in gewissem Maße berücksichtigt, aber bei weitem nicht umfassend dargestellt. Fußnoten und andere Quellenangaben sind selten und knapp.

1. Simplizität

Durch den juristischen Kommentar wird das Wissen in Russland sozusagen von oben nach unten vermittelt: Der Kundige spricht zu dem Unwissenden,

---

[31] *V. I. Nečaev* (Hg.), Kommentarij k Graždanskomu processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii (postatejnyj) [Kommentar zum Zivilprozessgesetzbuch der Russischen Föderation (artikelweise strukturiert)], 3. Aufl., 2008; 4. Aufl., 2013. Die ersten zwei Auflagen sind 2003 und 2006 unter Herausgeberschaft des damaligen Stellvertretenden Vorsitzenden des Obersten Gerichts Vladimir I. Radčenko erschienen.

[32] *V. I. Radčenko* (Hg.), Kommentarij k Ugolovno-processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii (postatejnyj) [Kommentar zum Strafprozessgesetzbuch der Russischen Föderation (artikelweise strukturiert)], 1. Aufl., 2004; 2. Aufl., 2006.

der Höchstrichter oder Professor spricht zu einem schlecht ausgebildeten Rechtsanwender oder einem Laien. Dieses Grundmodell scheint auf die 1920er Jahre zurückzugehen, auf die Zeit also, als eine neue aus juristischen Laien bestehende Richterschaft entstand. Damals griff man zu höchstrichterlichen Richtlinien[33] und Kommentaren, um den neuen Richtern, die nicht einmal über juristisches Basiswissen verfügten, die nötigen Elementarkenntnisse und Faustregeln beizubringen.[34] Auch wenn heute nicht mehr juristische Laien die Richterschaft bilden, entbehrt dieses herkömmliche Modell der Kommentare nicht jeglicher Legimitation. Denn die Ausbildungsqualität der Richterschaft lässt immer noch zu wünschen übrig.[35]

Seit den 1920er Jahren bis in die Gegenwart werden in Rezensionen vor allem Klarheit, Einfachheit und Eingängigkeit von Kommentierungen sowie ihre Verständlichkeit für einen Berufsanfänger, einen minderqualifizierten Rechtsanwender oder gar einen Laien, also einen einfachen Bürger angepriesen bzw. umgekehrt vermisst.[36] Durch Meinungsunterschiede im Verfasserkollektiv bedingte innere Widersprüche der Kommentierungen und die Mitteilung ungelöster Kontroversen stoßen auf Kritik.[37]

---

[33] *M. A. Erochova,* in: A. A. Ivanov (Hg.), Pravosudie dlja èkonomiki: gosudarstvennye arbitražnye sudy Rossii: Kniga 1 [Justiz für die Wirtschaft: Staatliche Arbitragegerichte Russlands, Bd. 1], 2011, 457.

[34] Bezeichnenderweise spricht eine Rezension aus dem Jahre 1930 davon, wie die „Gerichtsfunktionäre“ durch Kommentare „instruiert” werden sollen (*V. Undrevič,* Rezension: S. Kanarskij, Wissenschaftlich-theoretischer und praktischer Kommentar zum Strafprozessgesetzbuch, 1930, Sovetskoe gosudarstvo i revoljucija prava [Sowjetischer Staat und Revolution des Rechts] 5–6 (1930), 301–304, 301). Ein anderer Rezensent überlegt sich, was den schlechtqualifizierten „Gerichtsfunktionären“ niedriger Stellung zugemutet werden kann (*S. Tager,* Rezension zu: A. B. Vroblevskij/B. S Utevskij, Kommentar zum Strafgesetzbuch in der Fassung von 1928 (hg. v. E. G. Širvindt), 1927, Eženedel'nik sovetskoj justicii [Wochenschrift der sowjetischen Justiz] 5 (1928), 155–157, 157. Die Ironie des Lebens ist es wohl, dass sich die älteste der von mir gefundenen Rezensionen dem Kommentar widmet, der unter der Herausgeberschaft meines Urgroßonkels erschienen ist.

[35] *V. Volkov/A. Dmitrieva/M. Pozdnjakov/K. Titaev,* Rossijskie sud'i: sociologičeskoe issledovanie professii [Russische Richter: Eine soziologische Untersuchung des Berufs], 2015, 77–87.

[36] *G. S.,* Rezension: S. I. Raevič/B. M. Rubinštejn, Kommentar zum Erbrecht des ZGB, Sovetskoe gosudarstvo i revoljucija prava [Sowjetischer Staat und Revolution des Rechts] 2 (1930), 182–184, 182; *I. O. Krasnova,* Rezension: S. A. Bogoljubov (Hg.), Kommentar zum Wassergesetzbuch, Pravo i èkonomika [Recht und Wirtschaft] 7–8 (101–102) (1997), 84–85; *A. E. Černomorec,* Rezension: A. P. Anisimov/A. Ju. Čikil'dina, Kommentar zum Städtebaugesetzbuch, 2009, Agrarnoe i zemel'noe pravo [Agrar- und Bodenrecht] 9 (57) (2009), 148–151, 150; *A. A. Popov,* Rezension: O. L. Dubovik (Hg.), Kommentar zum Wassergesetzbuch, 2012, Graždanin i pravo [Bürger und Recht] 1 (2012), 93–94, 94; *Solovej,* Rezension Dugenec/Maslennikov (Fn. 7), 76.

[37] *Tager,* Rezension Vroblevskij/Utevskij (Fn. 34), 156, 157 (Wenn es den Verfassern des Kommentars nicht möglich erscheint, Kontroversen aufzulösen, wie soll das dann einem

Die Stichworte „Einfachheit“, „Verständlichkeit“, „Eingängigkeit“ kommen bezeichnenderweise vereinzelt sogar in Untertiteln der Kommentare vor: „der einfachste und verständlichste Kommentar“ heißt es in einem Fall, „eingängig, einfach, autoritativ“ in einem anderen.[38]

Dass Kommentare keine anspruchsvolle Lektüre bieten, bestätigt eine Befragung von Hochschullehrern. Dieser neuen Studie zufolge geben nur 27 % der Dozenten an renommierteren Universitäten an, dass sie im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit zu Kommentaren greifen. Bei den weniger renommierten Universitäten beträgt der entsprechende Anteil 45,4 %. Außerdem nutzen jüngere Dozenten Kommentare häufiger als ihre erfahreneren Kollegen.[39]

2. *Dürftigkeit des Quellenmaterials*

Kein Kommentar strebt eine umfassende Bestandsaufnahme von Rechtsprechung und Literatur an. Es werden zwar üblicherweise einzelne Gerichtsentscheidungen und Publikationen zitiert, die Angaben sind aber so selten und dürftig, dass sie bestenfalls als (oft willkürlich ausgewählte) Beispiele bzw. Illustrationen des ein oder anderen Aspekts der zu kommentierenden Stelle dienen können. Zwar wird in so gut wie jeder Rezension betont, wie wichtig die Rechtsprechungsanalyse in einem Kommentar sei,[40] den Rezensenten scheint es dann aber durchaus zu genügen, wenn „Beispiele aus der Rechtsprechung“ über den Kommentar verstreut sind.[41]

[schlecht ausgebildeten] Rechtsanwender zugemutet werden?); *G. S.,* Rezension Raevič/Rubinštejn (Fn. 24), 183. Nur ausnahmsweise werden Meinungswidersprüche in einem Kommentar vom Rezensenten gebilligt: *Krasnova,* Rezension Bogoljubov (Fn. 36), 85.

[38] *Ju. Ju. Čurilov,* UPK RF. Ugolovno-processual’nyj kodeks RF: samyj prostoj i ponjatnyj kommentarij [Strafverfahrensgesetz der Russischen Föderation: Der einfachste und verständlichste Kommentar], 2019; *S. A. Golub’,* Kommentarij k Konstitucii Rossijskoj Federacii (dostupno, prosto, avtoritetno) [Kommentar zur Verfassung der Russischen Föderation (eingängig, einfach, autoritativ)], 3. Aufl., 2015 (Dieser Kommentar wendet sich laut Erklärung des Verfassers ausdrücklich an Laien).

[39] Die Ergebnisse bleiben derzeit unveröffentlicht und wurden dem Verfasser freundlicherweise im Rahmen eines Seminars am Institut für Probleme der Rechtsanwendung der Europäischen Universität in Sankt-Petersburg von Frau Arina V. Dmitrieva zur Verfügung gestellt.

[40] *V. S. Ovčinskij,* Rezension: V. V. Astanin, Kommentar zum Korruptionsbekämpfungsgesetz, 2009, Justicija [Justiz] 5 (2009), 59–60, 60; *Černomorec,* Rezension Anisimov/Čikil’dina (Fn. 36), 148, 150; *Solovej,* Rezension Dugenec/Maslennikov (Fn. 7), 76. Vgl. aber *I. G. Šablinskij,* Rezension: L. V. Lazarev (Hg.), Kommentar zur Verfassung, 3. Aufl., 2009, Pravo. Žurnal Vysšej školy èkonomiki [Recht. Zeitschrift der Higher School of Economics] 2 (2008), 118–121, 119: Rechtsprechungsanalyse gehöre eigentlich nicht in den Kommentar, der eine andere Literaturgattung sei.

[41] Es ist insofern sehr treffend, wenn einige Besprechungen ausdrücklich von „Beispielen aus der Rechtsprechung“ reden: *Černomorec,* Rezension Anisimov/Čikil’dina (Fn. 36),

Besonders klar zeigt sich diese Eigenart des russischen juristischen Kommentierens in dem von *Sergej A. Stepanov* herausgegebenen Studienkommentar zum ZGB: Den knappen Erklärungen folgen bei vielen Artikeln zwei Sonderrubriken „Wissenschaft" und „Rechtsprechung", in denen jeweils *eine* Meinung eines Wissenschaftlers und *eine* Gerichtsentscheidung oder höchstrichterliche Richtlinie zitiert werden.

Dabei belegt unsere Umfrage, dass von den meisten Studierenden eine umfassende Bestandsaufnahme der Rechtsprechung und Angaben zum Schrifttum in den Kommentaren durchaus vermisst werden.

3. Kürze

Die meisten russischen Kommentare fallen sehr kurz aus; sie sind tautologisch und inhaltsarm. Nach Zeichenzahlen gemessen[42] beträgt der Umfang des Kommentartextes auch bei den ausführlicheren Kommentaren ungefähr das fünffache des Referenztextes (beispielsweise beim von *L. V. Sannikova* herausgegebenen Kommentar zum ZGB). Bei dem mit Abstand größten von *Karapetov* veröffentlichten Kommentar zum ZGB, der seinem Stil und Inhalt nach eher einem Sammelband als einem Nachschlagewerk ähnelt, beträgt die Relation ungefähr 15 zu 1.

Zum Vergleich: Bei der aktuellen Auflage des „Palandt"[43] beträgt das Verhältnis (Abkürzungen nicht ausgeschrieben) 20 zu 1, beim Münchener Kommentar 2019 (Bände 2 und 3)[44] liegt es bei 110 zu 1.

Anzumerken sei allerdings, dass dieser krasse Unterschied nicht nur durch die Eigenschaften der russischen Kommentarkultur bedingt sein mag, sondern auch durch den Umstand, dass das moderne russische Zivilrecht jünger und infolgedessen inhaltsärmer ist.

V. Autorität der Kommentare

Die bedeutenden Kommentare werden oft im Schrifttum, vereinzelt auch in Gerichtsentscheidungen zitiert.[45] Zu ihrer Autorität dürften verschiedene

---

150; *Popov,* Rezension Dubovik (Fn. 36), 94; *Solovej,* Rezension Dugenec/Maslennikov (Fn. 7), 76.

[42] Für diese grobe Einschätzung habe ich den Umfang des Gesetzestextes des Allgemeinen Schuldrechts des ZGB (bzw. des BGB) mit dem entsprechenden Kommentartext nach der Zeichenzahl verglichen.

[43] *G. Brudermüller et al.,* Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Aufl., 2019.

[44] *F. J. Säcker et al.* (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2018 ff.

Faktoren beigetragen haben: hohes Ansehen oder Machtpositionen der Autoren und Herausgeber, meist apodiktischer Stil, Knappheit der Quellenangaben. Nicht völlig auszuschließen ist auch, dass das Kommentarbild, das in der sowjetischen Zeit entstanden ist und gewisse Mindeststandards in der juristischen Buchproduktion voraussetzt,[46] noch nachwirkt.

---

[45] Ausdrückliche Zitate von Kommentaren kommen in manchen Gerichtsentscheidungen vor, siehe z. B. den Entscheid des Verfassungsgerichts vom 28.5.2013, N 877-O mit Hinweis auf *T. L. El'fimova/I. I. Linge* (Hg.), Kommentarij k Federal'nomu zakou „Ob obraščenii s radioaktivnymi otchodami i o vnesenii izmenenij v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii" (postatejnyj) [Kommentar zum Föderalen Gesetz „Über den Umgang mit radioaktiven Reststoffen und über Änderung einzelner Gesetzgebungsakten der Russischen Föderation" (artikelweise strukturiert)], 2011; den Entscheid des Verfassungsgerichts vom 6.12.2001, N 249-O mit Hinweis auf *N. V. Vitruk/L. V. Lazarev/B. S. Ėbzeev* (Hg.), Federal'nyj konstitucionnyj zakon „O Konstitucionnom Sude Rossijskoj Federacii". Kommentarij [Föderales Verfassungsgesetz „Über das Verfassungsgericht der Russischen Föderation". Ein Kommentar], 1996; das Urteil des Obersten Arbitragegerichtes vom 31.8.2007, N 3590/07 mit Hinweis auf *V. V. Zalesskij* (Hg.), Kommentarij k Federal'nomu zakonu „Ob obščestvach s ograničennoj otvetstvennost'ju" (postatejnyj) [Kommentar zum föderalen Gesetz „Über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung" (artikelweise strukturiert)], 1998; *Jakovlev/Jukov,* Kommentar zum Arbitrageprozessgesetzbuch (Fn. 14); den Beschluss des 8. Arbitrageberufungsgericht vom 19.2.2020, N 08АП-134/2020, 08АП-418/2020 mit Hinweis auf *Karapetov,* Vertrags- und Schuldrecht (Fn. 50); den Beschluss des 15. Arbitrageberufungsgericht vom 28.7.2011, N 15АП-7213/2011 mit Hinweis auf *Vitrjanskij,* Kommentar zum föderalen Insolvenzgesetz (Fn. 15).

Diese Zitate wirken aber meistens arbiträr. Warum ausgerechnet in diesem Fall zitiert wird und in einem anderen nicht, ist schwer einzusehen. Es darf bezweifelt werden, dass die zu beobachtenden Zitierpraktiken von einer nur halbwegs kohärenten rationalen Methode gesteuert werden. Von daher verspricht eine Auseinandersetzung mit ihnen kaum einen beachtlichen Ertrag für die Kommentarforschung.

Als besonders zitierfreudig haben sich die Verfassungsrichter beim Schreiben von Sondervoten und die Schiedsrichter des Internationalen Handelsschiedsgerichts bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation erwiesen.

Es liegt auf der Hand, dass die Zitierpraktiken nicht die tatsächliche mannigfache Nutzung von Kommentaren wiederspiegeln. Laut einer Befragung der Richter, die zwar als repräsentativ vorgestellt, aber leider nicht näher beschrieben wird, gehören die von dem Vorsitzenden des Obersten Gerichts Lebedev herausgegebenen Kommentare zum Straf- und Strafprozessgesetzbuch zur Liste der höchstautoritativen juristischen Bücher: *S. V. Bošno,* Status juridičeskoj nauki v kontekste učenija o formax prava [Die Stellung der Rechtswissenschaft im Zusammenhang der Lehre von den Formen des Rechts], Jurist 2 (2007), 62–64.

[46] Das Verlagswesen sowie literarische Tätigkeit aller Art waren in der sowjetischen Zeit Gegenstand der Zentralverwaltung und der umfassenden Partei- und Staatskontrolle; vgl. *B. V. Lenskij,* Knigoizdatel'skaja sistema sovremennoj Rossii [Das Verlagswesen im heutigen Russland], 2001, 49 ff.; *D. A. Dobrovol'skij,* in: M. F. Rumjanceva (Hg.), Istočnikovedenie [Quellenkunde], 2019, 416 ff. (allgemein); *V. M. Syryh,* Vstupitel'naja stat'ja. O vremeni i pravovoj nauke [Einführungsartikel. Über Zeit und Rechtswissenschaft], in: ders. (Hg.), Pravovaja nauka i juridičeskaja ideologija Rossii. Enciklopedičeskij slovar' biografij

Allerdings gibt es zu kaum einem Gesetz einen echten Standardkommentar, also einen Kommentar, an dem kein Weg vorbei führt. Ein russischer „Palandt" existiert nicht. Die Ergebnisse unserer Studie zeigen, dass sich der Großteil der Studenten weder die Namen der Herausgeber noch die Namen der einzelnen Autoren merkt. Auch meine persönlichen Erfahrungen aus der Lehre und aus Gesprächen mit Praktikern ergeben ein ähnliches Bild. Dies mag daran liegen, dass Kommentare überwiegend mithilfe von Datenbanken konsultiert werden. Diese ermöglichen einen direkten Zugriff auf die kommentierte Vorschrift, sodass sich der Nutzer weder den Titel noch die anderen bibliographischen Angaben ansehen muss.

Letztlich lässt sich das Aufblühen von subalterner Kommentarliteratur als Zeichen dafür deuten, dass der Kommentar an sich als ein respektables Genre empfunden wird, dem nachzueifern von Vorteil ist. Die Verbreitung von Kommentaren, die wegen ihrer Kürze und Gehaltlosigkeit praktisch wertlos erscheinen und von Autoren stammen, die keinen großen Namen in der Fachwelt besitzen, mag verschiedene Gründe haben. Vielleich haben wenig anspruchsvolle Ausführungen bessere Publikations- und Vermarktungsaussichten, wenn sie die Form eines Kommentars einnehmen. Vielleicht zielt die Publikation auf das Informationsbedürfnis von Laien, die den Kommentar als die für sie bestimmte Gattung juristischer Literatur identifizieren, aber üblicherweise nicht imstande sind, dessen Qualität einzuschätzen. Möglich ist allerdings auch, dass sich gerade der Kommentar als eine Form subalterner Literaturtätigkeit des Juristen anbietet, weil Kommentare leichter herzustellen sind als juristische Literatur anderer Gattungen: Man muss nur den „Fragebogen des Gesetzes" ausfüllen und schon ist ein publikationsreifes Buch fertig.

VI. Wie sollte kommentiert werden?

In den letzten Jahren hat es nicht an Versuchen gefehlt, die Qualität der Kommentierungen zu verbessern. In dieser Suche offenbart sich die Unzufriedenheit mancher Juristen mit dem heutigen Zustand der Kommentarkultur. Dabei lässt die jeweilige Stoßrichtung dieser Bemühungen Rückschlüsse darauf zu, worauf sich die Unzufriedenheit im Einzelnen bezieht.

---

i avtobiografij: Tom 3 [Rechtswissenschaft und juristische Ideologie Russlands. Handwörterbuch von Biografien und Autobiografien, Bd. 3], 2015, 5–23, 10 f. (für die rechtswissenschaftlichen Publikationen). Die absolute Mehrheit von Kommentaren erschien in dem (sic!) juristischen Fachverlag „Juridičeskaja literatura" (früher „Gosjurizdat"). Man darf wohl davon ausgehen, dass die Kontrollmechanismen (auch) für ein Mindestmaß an Qualität der Druckerzeugnisse sorgten und der Leserschaft einen nicht unbegründeten Eindruck ihrer Zuverlässigkeit verliehen.

1. Mehr Rechtsprechung?

So gut wie alle alternativen Kommentarentwürfe zielen auf eine umfassendere Bestandsaufnahme der Rechtsprechung ab. *Sergej V. Sarbaš,* damals Beamter des Obersten Arbitragegerichtes, hat es unternommen, die Rechtsprechung des Präsidiums des Gerichtes zum ZGB in einem Buch artikelweise erschöpfend zu dokumentieren und mit Orientierungssätzen zu versehen.[47] Dieses Buch trägt allerdings nicht den Namen „Kommentar" und stellt strenggenommen eine reine Rechtsprechungssammlung dar. Nach der dritten Auflage musste *Sarbaš* die Fortführung aufgrund von Zeitmangel einstellen.[48]

Vadim A. Belov, Professor der Moskauer Staatlichen Lomonossow-Universität, hat einen Kommentar zum ZGB herausgegeben, in welchem nicht nur Entscheidungen der Höchstgerichte, sondern auch tausende Judikate von Arbitragegerichten der Kassationsinstanz analysiert werden.[49] Doch auch dieses Werk wird nicht als Kommentar betitelt, obwohl es dem klassischen Kommentar sehr nahe kommt. Freilich ist die Kommentierung nach der zweiten Auflage nicht mehr fortgeführt worden, weil der Herausgeber sich nicht allein dieser Arbeit widmen wollte.

Der von *Artëm G. Karapetov* initiierte und seit 2017 zum Teil unter seiner Herausgeberschaft erscheinende Kommentar zum ZGB berücksichtigt zwar nur die höchstrichterliche Rechtsprechung,[50] diese aber ungewöhnlich umfassend.

Nikolaj B. Ščerbakov, Assistent an der Moskauer Staatlichen Lomonossow-Universität, hat einen Kommentar zum Kapitel 37 des ZGB („Werkvertrag") herausgegeben. Dabei ist er bestrebt, sowohl die Rechtsprechung der Höchstgerichte als auch der Arbitragegerichte der Kassationsinstanz in all ihrer Widersprüchlichkeit möglichst vollständig darzustellen.[51] Dazu werden

---

[47] *S. V. Sarbaš,* Arbitražnaja praktika po graždanskim delam: konspektivnyj ukazatel' po tekstu Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii [Arbitragerechtsprechung in Zivilsachen: Zusammenfassender Index, strukturiert nach dem Text des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 3. Aufl., 2006.

[48] Dies hat er mir freundlicherweise erklärt.

[49] *V. A. Belov* (Hg.), Praktika primenenija Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii časti pervoj [Rechtsprechung zum Ersten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 2. Aufl., 2011; *ders.* (Hg.), Praktika primenenija Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii častej vtoroj i tret'ej [Rechtsprechung zum Zweiten und Dritten Teil des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation], 2. Aufl., 2011.

[50] Dem Leser wird aber empfohlen, die aktuelle Rechtsprechung anderer Gerichte gegebenenfalls selbst aufzuarbeiten: *A. G. Karapetov,* Vorwort des Herausgebers, in: ders. (Hg.), Dogovornoe i objazatel'stvennoe pravo (obščaja čast'): postatejnyj kommentarij k stat'jam 307–453 Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii [Vetrags- und Schuldrecht (allgemeiner Teil): Ein artikelweise strukturierter Kommentar zu den Artikeln 307–453 des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation], 2017, 13.

[51] *N. B. Ščerbakov,* Kommentarij k § 1, 3, i 4 glavy 37 „Podrjad" Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii [Kommentar zu den §§ 1, 3 und 4 des Kapitels 37 „Werkvertrag" des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation], 2019.

die angeführten Entscheidungen nicht bloß erwähnt, sondern langatmig zitiert. Erst nach einer derartigen Bestandsaufnahme kommen die eigenen Ausführungen des jeweiligen Autors.

Eine Bestandsaufnahme der Rechtsprechung in den Kommentaren vermissen die meisten der von uns befragten Studenten. Die meistgegebene Antwort auf die Frage: „Was wäre an den heutigen Kommentaren in erster Linie zu verbessern?“ war: „Eine möglichst umfassende Aufarbeitung der Rechtsprechung zu jeder Vorschrift einfügen“. Eine Stichprobe ergab, dass nur 46 Prozent der Studierenden der Ansicht sind, dass man aus den Kommentaren erfahren kann, wie der Gesetzestext von Gerichten ausgelegt wird.

2. *Mehr Rechtsvergleichung?*

Manche Kommentare bieten stellenweise rechtsvergleichende Exkurse, die zeigen sollen, welche Lösung weltweit bzw. in bestimmten Rechtsordnungen anerkannt ist oder dass diese im russischen Recht strittige oder offene Frage in anderen Rechtsordnungen bereits geklärt ist. Als Beispiel für einen solch rechtsvergleichenden Kommentar sind die von *Karapetov* und *Ščerbakov* herausgegebenen ZGB-Kommentare zu nennen.[52] Allerdings bleiben die rechtsvergleichenden Exkurse dabei bruchstückhaft.

3. *Mehr Zusammenarbeit verschiedener Berufe?*

Sehr oft bilden Vertreter verschiedener juristischer Berufe ein Autorenteam. In den meisten Verfasserkollektiven sind sowohl Richter als auch Professoren anzutreffen. Meist wird aber eine Vorschrift nur von einem Verfasser kommentiert, d.h. in unserem Beispiel entweder von einem Richter oder von einem Professor. Der vom Leiter des Föderalen Antimonopoldienst *Artem'ev* herausgegebene Kommentar zum Wettbewerbsschutzgesetz verfolgt insoweit ein neuartiges Vorhaben.[53] Das Novum besteht darin, dass jede Vorschrift von einem kleinen Verfasserkollektiv kommentiert wird, welches sich sowohl aus Beamten des Antimonopoldienstes als auch aus Rechtsanwälten oder Syndizi zusammensetzt.

4. *Mehr Kontroversen?*

Auf die hergebrachten Grundsätze des Kommentierens haben manche neuen Autoren insoweit verzichtet, als sie dem Leser nicht mehr eine Idylle der Einhelligkeit und Widerspruchsfreiheit vortäuschen wollen, sondern klar präsentieren, dass viele Fragen objektiv umstritten und offen sind. Diese

---

[52] Nachweise soeben Fn. 50 und 51.

[53] *I. Ju. Artem'ev* (Hg.), Naučno-praktičeskij kommentarij k Federal'nomu zakonu „O zaščite konkurencii“ (postatejnyj) [Wissenschaftlich-praktischer Kommentar zum Föderalen Wettbewerbsschutzgesetz (artikelweise strukturiert)], 2. Aufl., 2016.

Herangehensweise verfolgen vor allem *Karapetov* und *Ščerbakov* in ihren Kommentarpublikationen ganz ausdrücklich.

5. Mehr Literatur?

So gut wie kein Kommentar setzt sich zum Ziel, das Schrifttum in einem erheblichen Maße zu berücksichtigen. Zwar strebte der von *Ščerbakov* herausgegebenen Kommentar eine umfassende Aufarbeitung und eingehende Auswertung der Literatur an. Dieses Ziel wurde jedoch in der ersten Auflage nur ansatzweise erreicht. Der von *Karapetov* herausgegebene Kommentar verzichtet sogar ausdrücklich auf ein solches Ziel: Ein derartiges Unterfangen sei kaum machbar, weil eine umfassende Auseinandersetzung mit der Literatur den Umfang des Kommentares sprengen würde. Darüber hinaus erscheint dem Herausgeber eine vollwertige Behandlung des Schrifttums in einem artikelweise angelegten Kommentar überflüssig.[54]

VII. Bilanz und Ausblick

1. Kein Leitmedium

Obwohl ein artikelweise strukturierter Kommentar zu autoritativen Texten zu den längst etablierten Gattungen der russischen juristischen Literatur gehört, und obwohl zu allen möglichen Regelwerken reichlich Kommentare existieren, ist der Kommentar nicht zum Leitmedium des russischen Rechtsdiskurses geworden.

Dies liegt zum einen daran, dass der Kommentar lediglich ein Mittel der Kommunikation von oben nach unten ist: Höchstrichter und Professoren wenden sich mit einem Kommentar an Berufsanfänger, schlecht qualifizierte Juristen und Laien. Umgekehrt verstehen sich Höchstrichter und Professoren sowie andere Fachexperten aber nicht als Leserzielgruppe von Kommentaren.

Zum anderen bietet der Kommentar weder im Hinblick auf die Rechtsprechung noch auf das Schrifttum eine auch nur halbwegs umfassende Bestandsaufnahme. Es existiert allerdings auch kein anderes Medium (z.B. ein Nachschlagewerk oder Großlehrbuch), welches das geltende russische Recht möglichst vollständig und objektiv abbilden würde. Wer die in der Literatur herrschende Meinung oder die Ansichten der Rechtsprechung zur Kenntnis nehmen möchte, muss üblicherweise selbst recherchieren oder sich der von den Datenbanken zur Verfügung gestellten Rechtsprechungsübersichten bedienen. Dies führt unter anderem dazu, dass viele Beiträge der Fachliteratur unberücksichtigt bleiben und im Endeffekt ins Leere gehen. Wissensspeicherung

---

[54] *Karapetov,* Vorwort (Fn. 50), 13.

und Wissensfilterung, um mit *Kästle-Lamparter*[55] zu sprechen, werden also in Bezug auf das Schrifttum von keinem Medium übernommen. Unter Studenten kommt laut unserer Umfrage der selbständigen Recherche der Rechtsprechung und höchstrichterlichen Richtlinien ein höherer Stellenwert zu als der Lektüre von Kommentaren, was sich vermutlich nicht nur durch die unermessliche Tüchtigkeit der Studierenden erklären lässt.

2. Fehlen eines stabilen institutionellen Rahmens neben Höchstgerichten und anderen Staatsorganen

Mehrere angesehene Kommentare stammen von Autorenteams, die sich um ein Höchstgericht oder ein anderes Staatsorgan gebildet haben. In den 1990er bis 2000er Jahren waren auch einige Verfasserkollektive tätig, die eine auf die sowjetischen Zeiten zurückgehende Forschungseinrichtung oder Universität als Schirminstitution hatten. Viele dieser Gruppen sind aufgrund eines Generationenwechsels oder aufgrund des Bedeutungsverlusts der jeweiligen Institutionen mittlerweile nicht mehr tätig. Einige bleiben dagegen auch heute noch aktiv. Vereinzelt sind neue Teams im Rahmen einer Forschungs- oder Ausbildungsinstitution entstanden. Zudem bilden sich neue Autorenteams nun vor allem um eine charismatische Persönlichkeit. Diese Kollektive erweisen sich aber typischerweise als nicht besonders dauerhaft. Der Mangel an geeigneten institutionellen Rahmenbedingungen zeigt sich wohl auch darin, dass viele Kommentare nur Teile von Regelwerken zum Gegenstand haben[56] oder nicht fortgeführt werden.

3. Konkurrenz durch Datenbanken

Die Hälfte der von uns befragten Jurastudenten greift zu Rechtsprechungsübersichten der Datenbanken, um eine Gesetzesvorschrift richtig zu verstehen. Dies scheint ein deutliches Zeichen für den wachsenden Stellenwert dieses neuen Mediums zu sein. Die Datenbanken stellen eine Reihe von Hilfsmitteln zur Verfügung, die es dem Nutzer ermöglichen sollen, sich schnell über die Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage zu informieren. Zu diesen Hilfsmitteln gehören etwa Rechtsprechungsübersichten und -zusammenfassungen. Da die Entwickler der Datenbanken sich ständig darum

---

[55] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 4), 313 ff.

[56] So war zum Beispiel der Kommentar zu den Artikeln 1–6, 10, 12, 89–101 des UN-Kaufrechts von *Anton V. Asoskov* (Venskaja konvencija OON 1980 goda o dogovorax meždunarodnoj kupli-prodaži tovarov: postatejnyj kommentarij k položenijam, opredeljajuščim sferu ee primenenija [Wiener UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf 1980: Ein artikelweise strukturierter Kommentar zu den Vorschriften, die den Anwendungsbereich bestimmen], 2013) ursprünglich als Teil eines vollständigen Kommentars gedacht, ist dann aber als selbständiges Buch erschienen, weil die Zusammenarbeit des *ad hoc* gebildeten Verfasserkollektivs zum Erliegen kam.

bemühen, die Informationsbedürfnisse der Praxis zu identifizieren und möglichst vollständig zu befriedigen, bilden derartige Datenbanken mit ihren jeweiligen Werkzeugen eine ernsthafte Konkurrenz für den Kommentar.

Die Hilfsmittel der Datenbanken dürfen dabei durchaus als Funktionsäquivalente zu den Kommentaren deutscher Art gelten. Allerdings wird die angesichts der Fülle von Rechtsprechung nötige Selektion, Systematisierung, Verallgemeinerung und Zusammenfassung nicht von Richtern und Professoren, sondern von namenlosen Experten der Datenbanken durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Arbeit werden als möglichst objektive Bestandsaufnahme präsentiert. Dabei wird auf eine wertende, kritische Aufarbeitung der Rechtsprechung im großen Stil in Wahrheit verzichtet. Damit verschleiert eine scheinbare Neutralität die tatsächlich stattfindende Selektion.

Juristische Kommentare in England

False Friends – or Mates?

Stefan Enchelmaier

I. Einführung

In Übereinstimmung mit den anderen Landesberichten soll auch bei der Betrachtung des englischen Rechts unter „Kommentar“ ein Text verstanden sein, der sich strukturell an einen anderen Text (Referenztext) anlehnt – d.h. ein Text, dessen Gliederung der äußeren Gestalt des Referenztextes folgt – und der den Referenztext fortlaufend erläutert. Zur Erklärung dieser Begriffsbestimmung haben die Organisatoren hinzugefügt, Referenzobjekt eines juristischen Kommentars sei nicht ein Rechtsgebiet an sich, sondern stets ein konkreter Rechtstext – paradigmatisch ein staatliches Gesetz oder Gesetzbuch, doch kämen etwa nichtlegislative Kodifikationen oder Rechtsaufzeichnungen ebenso in Betracht. Wie sich zeigen wird, sind Kommentare in diesem Sinne dem englischen Recht nicht unbekannt, aber die meisten Werke weichen von den genannten Merkmalen mehr oder weniger deutlich ab.

So erschien im ausgehenden 18. Jahrhundert mit *Blackstones* „Commentaries on the Laws of England“ das bis heute einflussreichste Werk der englischsprachigen juristischen Literatur; es bildet aber gerade keinen Kommentar in dem oben erläuterten Sinn (unten II.). Obwohl „Kommentar“ nicht im Namen von „Halsbury’s Laws of England“ und von „Chitty on Contracts“ auftaucht, kommen diese aktuellen Werke der Definition immerhin näher. Auch sie weisen aber nur teilweise die geforderten Begriffsmerkmale auf (unten III.). Dasselbe gilt für andere Erläuterungswerke zum Internationalen Privatrecht sowie zum Gesellschafts- und Insolvenzrecht, es zeigen sich aber auch Ausnahmen (unten IV.).

Eine Erklärung dieser Besonderheiten ergibt sich aus der Betrachtung der Quellen des englischen Rechts (unten V.). Dabei stellen sich die Richter als die wesentlichen Gestalter des englischen Rechts heraus (unten V.1.). Der Gesetzgeber spielte dagegen in der Vergangenheit stets eine bloße Nebenrolle, und dies ist auch heute noch in zentralen Rechtsgebieten der Fall. Sichtbare Folge dieser Rollenverteilung (und zum Teil auch wieder deren Ursache) ist das Fehlen einer zentralen Kodifikation des bürgerlichen Rechts in England (unten V.2.).

Die Andersartigkeit des englischen Rechts und des englischen Rechtslebens zeigt sich auch an der Entwicklung der juristischen Ausbildung und an der juristischen Literatur, nicht nur der didaktischen (unten VI.). Anders als auf dem Kontinent waren die beiden englischen Universitäten erst ab dem 18. Jahrhundert überhaupt an der Ausbildung im englischen Recht beteiligt.[1] Diese späte Ankunft hat wiederum Gestalt und Einfluss der juristischen wissenschaftlichen Literatur geprägt (unten VII.). Insgesamt erweist sich der Kommentar damit als eine Literaturgattung unter vielen im englischen Recht, weit entfernt von seiner Prominenz in Deutschland (unten VIII.).

II. Ein *false friend:* *Blackstones* „Commentaries on the Laws of England“

William Blackstones „Commentaries on the Laws of England“ erschienen in zwei Bänden zwischen 1765 und 1769. Sie gingen zurück auf eine Reihe äußerst erfolgreicher Vorlesungen, die *Blackstone* (1723–1780) ab 1753 in Oxford gehalten hatte.[2] 1758 wurde er dort zum ersten Professor für engli-

[1] 1823 kam als dritte Universität das University College London hinzu, und seitdem ist die Zahl auf 164 Hochschulen im Jahr 2017/2018 angestiegen, <https://www.universitiesuk.ac.uk/facts-and-stats/Pages/higher-education-data.aspx>.

[2] *A. V. Dicey,* Blackstone’s Commentaries, Cambridge LJ 4 (1932), 286–307, 297: „The sudden appearance of a capable teacher who gave attractive lectures was a startling phenomenon.“ Der Artikel ist ein Wiederabdruck von *Diceys* Antrittsvorlesung, erstmals erschienen in The National Review liv (1909), 653–675.

sches Recht bestellt – nicht nur der erste in Oxford, sondern der erste überhaupt.[3] Die Universität finanzierte den Lehrstuhl aus dem Vermächtnis Charles Viners (1678–1756, daher *Vinerian chair*). Viner war mit seinem *abridgement* wohlhabend geworden,[4] einer Sammlung von Urteilsauszügen zu alphabetisch geordneten Rechtsfragen (siehe unten VI. zu dieser Art juristischer Literatur).

Schon ein Blick auf den geometrisch dargestellten Plan der „Commentaries“[5] zeigt allerdings, dass sie gerade kein Kommentar sind. Es handelt sich vielmehr um eine Art Institutionenlehrbuch,[6] das vom Allgemeinen zum Besonderen fortschreitet. *Blackstones* Antrittsvorlesung aus dem Jahr 1758 „Of the study of the law“ eröffnet die „Commentaries“, dann folgen Abschnitte „Of the Nature of Laws in general“,[7] „Of the Laws of England“,[8] „Of the Countries subject to the Laws of England“[9] und so weiter in immer feineren Verästelungen.[10] Dabei ist auch das Gesetzesrecht jeweils an seinem systema-

---

[3] *W.S. Holdsworth,* Some Aspects of Blackstone and His Commentaries, Cambridge LJ 4 (1932), 261–285, 262: „These lectures, which he began to give in Michaelmas Term, 1753, were the first lectures ever given on English law at any university in the world“. – Cambridge folgte 1788 mit der *Downing professorship,* siehe *J. Baker,* An Introduction to English Legal History, 5. Aufl., 2019, 181 Fn. 78. Vorher unterrichteten die englischen Universitäten nur römisches Recht und kanonisches Recht; englisches Recht konnten angehende Juristen nur in der Praxis und unter der Anleitung von Praktikern lernen, siehe unten VI.

[4] Ausführlich *W.S. Holdsworth,* Charles Viner and the Abridgments of English Law, Law Quarterly Review (LQR) 39 (1923), 17–45.

[5] *W. Blackstone,* Commentaries on the Laws of England in Four Volumes, hg. v. G. Sharswood, Philadelphia, 1893, xxiii (für Buch I), xxx (für Buch II), online: <http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/2140/Blackstone_1387-01_Bk.pdf>.

[6] Deutliche Anklänge an die römischen Institutionen Gaius’ und Justinians finden sich bei *Blackstone* etwa in Buch 2, *ch.* 1, dort der erste Absatz (*ders.,* Commentaries [Fn. 5], 393): „The former book of these commentaries having treated at large of the *jura personarum,* or such rights and duties as are annexed to the persons of men, the objects of our inquiry in this second book will be the *jura rerum,* or those rights which a man may acquire in and to such external things as are unconnected with his person. These are what the writers in natural law style the rights of dominion, or property, concerning the nature and original of which I shall first premise a few observations, before I proceed to distribute and consider its several objects.“ Siehe auch *Holdsworth,* Commentaries (Fn. 3), 266 f: „this treatise was also the first book of the Institutes of English law which satisfied Bacon’s test of what a book of Institutes ought to be – ‘a key and a general preparation to the reading of the course’, and ‘like a model towards a great building’“.

[7] *Blackstone,* Commentaries (Fn. 5), 24.

[8] *Blackstone,* Commentaries (Fn. 5), 47.

[9] *Blackstone,* Commentaries (Fn. 5), 70.

[10] *Blackstone,* Commentaries (Fn. 5), 20 f., beschreibt sein Vorgehen so: „You will permit me, however, very briefly to describe rather what I conceive an academical expounder of the laws should do, than what I have ever known to be done. He should consider his course as a general map of the law, marking out the shape of the country, its connections, and boundaries, its greater divisions and principal cities: it is not his business to

tischen Platz berücksichtigt. An keiner Stelle erläutert das Werk aber einzelne *statutes* oder andere Rechtstexte *section* für *section* (ganz abgesehen davon, dass bis heute längst nicht alle Gesetze überhaupt mehr als ein oder zwei Handvoll *sections* enthalten, siehe unten V.2.a).[11] Der Ausdruck „Commentaries“ erweist sich damit als *false friend:* Die Übersetzung als „Kommentar“ ist zwar naheliegend, führt jedoch in die Irre.

III. Erste Annäherung: „Halsbury's Laws of England“ und „Chitty on Contracts“

Geht man von der zentralen Bedeutung der Literaturgattung „Kommentar“ für das deutsche Rechtsleben aus, so liegt es nahe, auch in England die meistgebrauchten Bücher in den Blick zu nehmen, abgesehen von ihrer Bezeichnung. Zwei Werke sollen beispielhaft die Besonderheiten des englischen Rechts vor Augen führen: „Halsbury's Laws of England“ und „Chitty on Contracts“. Zu diesen beiden Titeln wird jeder englische Jurist irgendwann einmal greifen (heute zumeist: klicken), und die meisten werden sie sogar regelmäßig zu Rate ziehen, vor allem in der Rechtspraxis. Zur Veranschaulichung soll die jeweilige Behandlung einer Kernfrage des Rechts der Leistungsstörungen dienen, nämlich welche Art von Nichtleistung welche Rechtsfolgen auslöst. Die zugehörigen Regeln haben keine gesetzliche Regelung erfahren. Sie stammen vielmehr aus dem Richterrecht (*common law*). Für einen sachnäheren Vergleich sollen deshalb auch die Erläuterungen zum Kaufrecht herhalten. Dieses Rechtsgebiet ist heute weitgehend im *Sale of Goods Act* 1979 (SoGA 1979) enthalten (*statute law*).

1. Halsbury's Laws of England

Halsbury's deckt das gesamte englische Recht ab, und zwar in knapp 110 Bänden von jeweils bis zu mehreren hundert Seiten, alphabetisch geordnet von

---

describe minutely the subordinate limits, or to fix the longitude and latitude of every inconsiderable hamlet. His attention should be engaged, like that of the readers in Fortescue's inns of chancery, in tracing out the originals, and as it were, the elements, of the law. […] These primary rules and fundamental principles should be weighed and compared with the precepts of the law of nature, and the practice of other countries; should be explained by reasons, illustrated by examples, and confirmed by undoubted authorities; their history should be deduced, their changes and revolutions observed, and it should be shown how far they are connected with, or have at any time been affected by, the civil transactions of the kingdom“.

[11] Die englische Abkürzung für *section* („s.“) findet sich im Folgenden statt „§“, auch wenn das in Deutschland gebräuchliche Zeichen lediglich aus zwei „s“ (für lateinisch *sectio*) übereinander zusammengesetzt ist.

„Agency“ bis „Wills and Intestacy“. Die Bände werden regelmäßig neubearbeitet und sind auch elektronisch zugänglich. Die Autoren sind größtenteils Praktiker, aber einige auch Hochschullehrer. Für die Erstauflage (1907–1917) konnte der Verlag den ehemaligen *Lord Chancellor* verpflichten, den *Earl of Halsbury.*[12] Bis heute ist traditionell ein ehemaliger Lordkanzler der Herausgeber des Gesamtwerks, gegenwärtig *Lord Mackay of Clashfern.* Ihn unterstützt mittlerweile ein Beirat aus Richtern, anderen Praktikern und Hochschullehrern.

a) Erläuterungen zum Gesetzesrecht

In dem Band zu *contracts* (Band 22) folgen einer Einleitung zum Wesen vertraglicher Bindungen, der Stellung des Vertragsrechts in der englischen Rechtsordnung und anderen eher abstrakten Fragen Abschnitte zu Formerfordernissen, zum Vertragsschluss, zum Erfordernis einer Gegenleistung und zum grundsätzlichen Ausschluss Dritter (*consideration and privity*), Vertragsklauseln, Nichtigkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Freiwerden (*discharge*) von Vertragsversprechen, und Gesamtschuldnerschaft.

Die Gliederung des 90. Bandes zu Kauf- und Dienstverträgen folgt grob dem Vorbild des 22. Bandes, erweitert um kauf- bzw. dienstvertragsspezifische Fragen. Das Gesetzesrecht (unter anderem der *Sale of Goods Act* 1979) ist in diesem Band umfassend berücksichtigt. Allerdings ist Ausgangspunkt der Betrachtungen jeweils ein allgemein formulierter Rechtssatz, dessen einzelne Ausdrücke („Tatbestandsmerkmalen“ im deutschen Sinn vergleichbar) in Fußnoten durch Hinweise auf das Gesetz und auf Rechtsprechung erläutert werden. Nicht immer ist der Gesetzeswortlaut selbst Gegenstand dieses Vorgehens. Die Erläuterungen greifen die Rechtsfragen auf, die das Gesetz regelt, aber nicht durchgehend seinen Text oder seine Einteilung.

Als Beispiel kann *s.* 49 SoGA 1979 dienen.[13] Im Original lautet die Vorschrift:

> „Action for price. (1) Where, under a contract of sale, the property in the goods has passed to the buyer and he wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller may maintain an action against him for the price of the goods.
>
> (2) Where, under a contract of sale, the price is payable on a day certain irrespective of delivery and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay such price, the seller may maintain an action for the price, although the property in the goods has not passed and the goods have not been appropriated to the contract.“

---

[12] Dazu äußerte *Dicey,* Blackstone (Fn. 2), 302 abfällig: „In the world of letters you cannot substitute co-operation for individuality. The united labours of a thousand lawyers may create, and I trust will create, an Encyclopaedia of English Law, but they will never, even though they have a Lord Chancellor at their head, give birth to a work which will rival the *Commentaries on the Laws of England.*“

[13] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/contents>.

In Halsbury's wird daraus:[14]

„Action for the Price – 283. Where property has passed. Where, under a contract of sale[Fn. 1], the property[Fn. 2] in the goods[Fn. 3] has passed to the buyer[Fn. 4], and he wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract, the seller[Fn. 5] may maintain an action[Fn. 6] against him for the price of the goods[Fn. 7].

284. Where property has not passed. Where, under a contract of sale[Fn. 1], the price is payable on a day certain irrespective of delivery[Fn. 2], and the buyer[Fn. 3] wrongfully neglects or refuses to pay such price, the seller[Fn. 4] may maintain an action[Fn. 5] for the price, although the property[Fn. 6] in the goods[Fn. 7] has not passed and the goods have not been appropriated to the contract[Fn. 8]. However, if the goods agreed to be sold have not been delivered to the buyer, the seller's entitlement to sue for the price depends on his continuing ability and willingness to deliver the goods to the buyer[Fn. 9]."

Die Fußnoten enthalten überwiegend Querverweise innerhalb des Bandes; nur jeweils eine Fußnote verweist auf die entsprechende Gesetzesstelle.[15] Der zweite Satz in Halsbury's Randnummer 284 ist nicht in *s.* 49 SoGA 1979 enthalten; vielmehr ist er teilweise *s.* 37 (1) SoGA entlehnt:

„Buyer's liability for not taking delivery of goods. (1) When the seller is ready and willing to deliver the goods, and requests the buyer to take delivery, and the buyer does not within a reasonable time after such request take delivery of the goods, he is liable to the seller for any loss occasioned by his neglect or refusal to take delivery, and also for a reasonable charge for the care and custody of the goods."

In Fußnote 9 finden sich allerdings nur Rechtsprechungsnachweise; *s.* 37 war stattdessen am Ende der Fn. 7 im vorgehenden Abschnitt (Rn. 283) erwähnt worden. Wie dies mit Rn. 284 zusammenhängt, wird in Fn. 7 nicht erklärt. Vielmehr heißt es dort lapidar:

„As to the seller's right to recover for the care and custody of the goods, and as to loss caused by the buyer's delay in taking delivery see the Sale of Goods Act 1979 s 37; and [sc. Rn.] 203. It would appear that s37 applies only where the property has passed."

Rn. 203 erläutert den Zusammenhang auch nicht. Dem eiligen Leser kann es daher entgehen, dass der Text nicht genau dem Gesetz entspricht,[16] woher die

---

[14] Halsbury's Laws of England, 5. Aufl., Bd. 91: Sale of Goods and Supply of Services, hg. v. S. Majumdar, 2012, 6. Breach of the Contract, (1) Remedies of the Seller, (i) Action for the Price, Rn. 283: Where property has passed; Rn. 284: Where property has not passed.

[15] Im ersten Absatz (Rn. 283) verweisen Fn. 1–6 auf Begriffsbestimmungen in anderen Abschnitten desselben Bandes, Fn. 7 enthält die Fundstelle im Gesetz zusammen mit Rechtsprechungsnachweisen. In zweiten Absatz (Rn. 284) enthalten Fn. 1–7 wieder Querverweise, Fn. 8 nennt die zitierte Gesetzesstelle; zu Fn. 9 siehe sogleich im Text.

[16] An anderen Stellen behalten die Herausgeber den Text des Gesetzes bei, ordnen ihn aber in einer Weise neu an, die die ursprüngliche Gestalt nicht wiedererkennen lässt. Ein Beispiel für dieses Vorgehen gibt *s.* 12 SoGA (Implied terms about title etc.) im Vergleich mit Halsbury's Laws of England 91 (Fn. 14), Rn. 70: Title, quiet possession and freedom from charges in contracts of sale. Immerhin ist der bearbeitete Text etwas übersichtlicher,

Zusätze stammen, und dass sie ihrerseits Bearbeitungen darstellen. Eine überblicksartige Darstellung fehlt. Insgesamt sind die Erläuterungen überaus dünn. Literaturangaben gibt es keine, eine Diskussion folglich auch nicht.

b) Erläuterungen zum nicht-statutarischen Recht (common law): Rechtsfolgen der Nichterfüllung

Erfüllt eine Vertragspartei ihre Pflichten nicht, so kann für die vertragstreue Partei neben einem Anspruch auf Schadenersatz (*damages*) auch der Rechtsbehelf der Vertragsbeendigung (*termination*) entstehen. Im Hinblick auf die Vertragsbeendigung teilt das englische Recht die Vertragsklauseln in solche ein, deren Verletzung der vertragstreuen Partei in jedem Fall, in keinem Fall, oder im Einzelfall außer dem Anspruch auf Schadenersatz auch das Recht zur *termination* gibt. Die zugehörigen englischen Ausdrücke lauten *condition – warranty – innominate term.* Für die Unterscheidung kommt es darauf an, ob eine Vertragsklausel so gewichtig ist, dass ihre Nichterfüllung die vertragstreue Partei im Wesentlichen um den gesamten Vorteil bringt, den sie aus dem Vertrag ziehen wollte. Bei Nichterfüllung einer *condition* ist das unabhängig von den tatsächlichen Folgen des Vertragsbruchs immer der Fall. Bei der *warranty* ist es von vornherein ausgeschlossen. Beim Bruch eines *innominate term* gilt es, dies anhand der Schwere der tatsächlichen Folgen zu entscheiden.[17]

Die Einordnung einer Klausel als *condition* oder *warranty* stellt also auf eine abstrakte oder kategorische Vorhersage ab, als *innominate term* auf eine konkrete Rückschau. Halsbury's betont hinsichtlich der Einordnung einer Klausel als *condition* oder *warranty,* die Parteien könnten dadurch *a priori* (d.h. schon bei Vertragsschluss) vorhersagen, welche Rechtsfolgen sich an den Bruch der einen oder anderen Vertragsbestimmung knüpfen werden. Dies fördere die Rechtssicherheit.[18]

---

weil er umständliche Querverweise innerhalb des Gesetzestexts auflöst. Der Leser erfährt die gesetzliche Quelle des Texts zum ersten Mal in der zehnten Fußnote.

[17] Einen Überblick gibt *A. Burrows,* A Restatement of the English Law of Contract, 2016, § 19 (8)(b), (9)(b), (c) (Text S. 17 f., Erläuterungen S. 113 f.).

[18] Halsbury's Laws of England (Fn. 14), Bd. 22: Contract, hg. v. J. Fenwick, 2019, 8. Discharge of Contractual Promises, (4) Discharge by Termination for Breach of Contract, (ii) Defective Performance, Rn. 347: Conditions and warranties. – Consultant Editor des Bandes ist ein *QC* (*One of Her Majesty's Counsel in Law*), d.h. ein erfahrener *barrister* (praktizierender Jurist mit dem Recht, vor den oberen Gerichtshöfen – High Court, Court of Appeal, Supreme Court – aufzutreten). Der Hinweis auf die Rechtssicherheit hat eine lange Tradition: Schon *Edward Coke* hatte im 17. Jahrhundert hervorgehoben, „English Law is superior to the Civil Law in point of certainty, for there are so many glosses and interpretations of the latter, and so many commentaries written by doctors of equal degree and authority, whose diversities of opinions increase the uncertainties. The expositions of the English common law are the resolutions of the judges in judicial proceedings reported in our Books [d.h. Cokes eigenen Reports], and these produce certainty", zitiert nach *T. Ellis Lewis,* The History of Judical Precedent (Teil 3), LQR 48 (1932), 230–247, 238.

Ohne Weiteres gilt dies jedoch allenfalls, wenn die Parteien schon im Vertrag eine Klausel ausdrücklich als *condition* oder *warranty* bezeichnet haben. Das Gericht ist aber selbst daran nicht gebunden, weil letztlich ihm die rechtliche Einordnung zusteht. In Ermangelung eines Präjudizes oder einer gesetzlichen Regelung muss sich die Einordnung deshalb aus einer Auslegung des Vertrags im Licht aller Begleitumstände ergeben. Als Anhaltspunkte bietet Halsbury's an:[19]

„Important factors to be taken into consideration are the extent to which the fulfilment of the term would be likely to *affect the substance and foundation of the adventure* which the contract is intended to carry out, and whether the obligation arising from the term *goes so directly to the substance of the contract* that its non-performance may fairly be considered as a substantial failure to perform the contract at all. If a term is then classified as a condition, it is unnecessary for the innocent party terminating in a particular case to show that the consequences of the breach *go substantially to the root of the contract,* or even cause him any damage at all."

Alle diese mehr oder weniger metaphorischen Ausdrücke sind der Rechtsprechung entnommen. Es handelt sich um näherungsweise formulierte Umschreibungen, nicht um Definitionen.[20] Halsbury's fragt nicht, ob sie alle halbwegs verlässlich zu denselben Ergebnissen führen. Absehbar ist allerdings, dass sich die versprochene Rechtssicherheit erst nach der Klassifizierung einstellt. Es kommt hinzu, dass die Rechtsprechung mittlerweile vom Vorliegen eines *innominate term* ausgeht, falls sich nicht unabweisbare Gründe für eine andere Einordnung finden.[21]

Gelingt die Einordnung dagegen nicht, kann es sich immer noch um einen *innominate term* handeln. Angesichts des eher grobschlächtigen Unterscheidungsmerkmals der *root/foundation/substance* des Vertrags gesteht Halsbury's freimütig ein,[22]

---

[19] Halsbury's Laws of England 22 (Fn. 18), Rn. 348: Criteria for distinguishing between conditions and warranties (Hervorhebungen nicht im Original).

[20] Dies ist auch in der Rechtsprechung auf Kritik gestoßen: „I acknowledge with respect Lewison LJ's criticisms in *Ampurius Nu Homes Holdings* v. *Telford Homes* [2013] EWCA Civ 577; [2013] 4 All ER 377, Rn. 50, that the trouble 'with expressing important propositions of English law in metaphorical terms is that it is difficult to be sure what they mean' – together with his further observation that the description of a breach 'going to the root of the contract' is a 'conclusory description' […] However, in practice, such expressions are useful and readily capable of application; a search for a more precise test is unlikely to be fruitful", *Grand China Logistics Holding (Group) Co. Ltd.* v. *Spar Shipping AS (The Spar Draco)* [2016] EWCA Civ 982, Rn. 76 (*Gross LJ*).

[21] *The Spar Draco* (Fn. 20), Rn. 92 (*Hamblen LJ*), Rn. 99 (*Sir Terence Etherton MR*). Siehe auch *G. Treitel/E. Peel,* The Law of Contract, 14. Aufl., 2015, Rn. 18-055 (S. 992) mit zahlreichen Nachweisen: Die Rechtsprechung zögert, eine Klausel als *condition* einzuordnen, und „neigt" dazu, *innominate terms* zu finden.

[22] Halsbury's Laws of England 22 (Fn. 18), Rn. 349: Innominate or intermediate terms (Hervorhebungen nicht im Original).

„[s]ome contractual undertakings are too complex to be fitted into that scheme and the legal consequences of breach of such an undertaking, unless provided for expressly in the contract, depend not upon any prior classification of the undertaking as a condition or warranty but upon the effect of the breach. This ‚wait-and-see' approach achieves greater justice between the parties than is possible by an *a priori* classification. If the breach *deprives the innocent party of substantially the whole benefit of the contract* or, in other words, if it *goes so much to the root of the contract* that it makes *further commercial performance of the contract impossible,* in addition to any remedy in damages the innocent party will be entitled to be discharged from further obligation […]".

Rechtssicherheit im Sinne von Vorhersehbarkeit hat sich hier in „Abwarten und Zusehen" verwandelt,[23] und die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsbruchs (von denen ihrerseits die rechtlichen abhängen) sind anhand eines neuen Satzes unbestimmter Formeln zu bestimmen.[24] Diese Formeln sind wieder ausschließlich der Rechtsprechung und gelegentlich dem Gesetzesrecht entnommen. Juristische Literatur findet sich nicht zitiert, eigenständiges kritisches Bemühen der Autoren um eine alternative Lösung ist auch nicht erkennbar.

Diese Passivität lässt gerade die Praxis im Stich: Wenn es sich überhaupt lohnt, nach einem Vertragsbruch vor Gericht zu ziehen (Anwalts- und Gerichtskosten sind in England weitaus höher als etwa in Deutschland), dann wird das vertragliche Regelwerk eher von der komplizierteren Art sein. In diesem Fall ist es aber auch weniger wahrscheinlich, dass es Präjudizien oder gesetzliche Einordnungen gibt. *Innominate terms* sind in dieser Lage umso häufiger zu erwarten. Planbarkeit und Verlässlichkeit sind damit weiter verringert. Eine Meinung dazu scheinen die Autoren von Halsbury's nicht zu haben.[25]

---

[23] *N. Andrews,* Breach of contract: a plea for clarity and discipline, LQR 134 (2018), 117–137, 130 karikiert dies als „a policy of 'let's all patiently wait and see whether breach spells complete disaster for the innocent party' [… T]he necessary data are not words but events, they may be in the China Sea rather than in the head office where decisions are taken" (der letzte Satz ist ein Zitat aus *T. Weir,* Contract—the buyer's right to reject defective goods, Cambridge LJ 1976, 33–38, 36).

[24] Offen spricht dies *Kerr LJ* in *State Trading Corp. of India Ltd.* v. *M. Golodetz Ltd.* [1989] 2 Lloyd's Rep 277, 283 aus (nicht in Halsbury's zitiert): Die Einordnung ist „in effect a value judgment about the commercial significance of the term in question". Kritisch dazu *Andrews,* Breach (Fn. 23), 117: „The need for clarity has been emphasised by leading judges. However, under a common law system, pin-pointing answers to contractual problems can require painstaking excavation of vast seams of case law and minute critical examination of the prior decisions." *Andrews* sieht daher „[a]n embarrassment [Überfülle] of tests" (*loc. cit.,* 128) und kommt auf mindestens sieben.

[25] Um Halsbury's Gerechtigkeit widerfahren zu lassen: Auch das führende Lehrbuch zum Vertragsrecht, *Treitel/Peel,* Contract, (Fn. 21), Rn. 18-108–110 (S. 1030), kritisiert (soweit hier von Interesse) an dem ganzen Schema lediglich, dass eine Vertragsbeendigung im Fall des Bruchs einer *condition* auch dann möglich ist, wenn der vertragstreuen Partei gar kein Schaden entstanden ist. Außerdem bemängeln die Autoren, *s.* 15A SoGA 1979 verwässere dies, indem die Vorschrift geringfügige (*slight*) Brüche bestimmter *conditions* dem Bruch einer *warranty* gleichstellt, wenn die Ablehnung der Waren durch den Käufer

2. *Chitty on Contracts*

Chitty ist 2018 in 33. Auflage erschienen und ebenfalls gedruckt wie im Internet verfügbar.[26] Erstautor war der Londoner Anwalt *Joseph Chitty* (1775–1841). Auch heute noch sind die meisten Bearbeiter Praktiker, Gesamtherausgeber ist jedoch mit *Hugh Beale* ein Hochschullehrer. Das Werk ist in zwei Bände aufgeteilt, deren erster die „General Principles" des Vertragsrechts darstellt: Vertragsschluss, Geschäftsfähigkeit, Vertragsklauseln, Nichtigkeit und öffentliches Interesse (*public policy*), Schuldnermehrheiten, Drittbeteiligung, Abtretung, Erfüllung und Freiwerden, Rechtsfolgen des Vertragsbruchs, ungerechtfertigte Bereicherung (*restitution* – darin spiegelt sich immer noch die zwischenzeitliche Einordnung der ungerechtfertigten Bereicherung als quasi-vertraglich wider)[27] und schließlich Kollisionsrecht. Der zweite Band ist 15 verschiedenen „Specific Contracts" gewidmet, alphabetisch von *agency* bis *suretyship* unterteilt.

a) *Erläuterungen zum Gesetzesrecht*

Der 44. Abschnitt übernimmt im Wesentlichen die Gliederung des ersten Bandes und wendet sie auf den Kaufvertrag an. Schon daraus ergibt sich, dass der Sale of Goods Act nicht immer die Abfolge der Erläuterungen vorgibt. Anders als in Halsbury's finden sich allerdings in den einzelnen Abschnitten, oft am Anfang, Auszüge des Gesetzestexts. Deren Gliederung bestimmt meist auch die Anordnung der anschließenden Erläuterungen. Einzelne Ausdrücke („Tatbestandsmerkmale", siehe oben) in den Gesetzeszitaten werden außerdem in Fußnoten erörtert. Daraus ergibt sich ein Paralleltext unterhalb der eigentlichen Erläuterung. Dieser Paralleltext folgt der Reihenfolge der Tatbestandsmerkmale; erfasst sind aber bei Weitem nicht alle, und einen Zusammenhang zwischen den einzelnen Fußnotentexten gibt es auch nicht. Wohl finden sich darin Verweise auf andere Stellen aller Art in Chitty.[28]

---

für den Verkäufer unzumutbar wäre (der englische Text formuliert umgekehrt, aber in dem gleichen Sinn „it would be unreasonable for [the buyer] to reject"). Auch hier hält sich die Kritik also in sehr engen Grenzen.

[26] *H.G. Beale* (Hg.), Chitty on Contracts, 33. Aufl., 2 Bde., 2018; Supplementbd., 2019.

[27] Siehe etwa noch *R. Wright (Lord Wright),* The Study of Law, LQR 54 (1938), 185–200, 195: „Of the English civil law it now seems clear and is, I think, generally accepted that there are three principal categories, contract, tort, and quasi-contract […] in quasi-contract the relation which the law imposes arises from the fact that the defendant has been enriched or advantaged at the expense of the plaintiff under circumstances which make it just that he should make restitution to the plaintiff, so that it is unjust and a wrong to the plaintiff if he fails to do so." Diese Sicht ist heute aufgegeben, siehe unten VII.

[28] Diese Methode lässt sich etwa im Kapitel über das Kaufrecht beobachten: *L. Merrett,* in: Chitty on Contracts (Fn. 26), Bd. 2: Specific Contracts, *ch.* 44: Sale of Goods, *s.* 3: Terms of the Contract, (b) Implied Terms, (i) Implied Terms about Title (Rn. 44-075 ff.).

b) Chitty zu den Rechtsfolgen der Nichterfüllung

Autor des Abschnitts zu den Leistungsstörungen „In General“[29] ist *Ewan McKendrick,* der in Oxford Vertragsrecht unterrichtet und dazu zahlreiche Aufsätze sowie zwei Bücher für den Studiengebrauch veröffentlicht hat.[30] Dieser „allgemeine“ Abschnitt ist allerdings kein „Allgemeiner Teil“ oder eine Überblicksdarstellung, wie sie schon Halsbury's vermissen ließ. Zwar kündigt *McKendrick* an, es gehe unter anderem um die Frage, ob eine Partei, der jedenfalls Schadenersatz zustehe, sich außerdem mittels *termination* von ihrer Leistungspflicht befreien könne. Im Folgenden geht es dann aber um das Wahlrecht der vertragstreuen Partei, ihr Bestehen auf weiterer Erfüllung des Vertrags (*affirmation*), wann die *affirmation* unwiderruflich wird und das Beendigungsrecht damit verlorengeht, ob sich die Partei in dieser Hinsicht widerspruchslos verhalten muss (*consistency*), ob *affirmation* ein Fall von Verzicht oder von Verwirkung (*waiver* oder *estoppel*) ist, und um Einzelheiten zur Wirkung der Bestätigung auf das weiterbestehende Vertragsverhältnis.

Der „generelle“ Abschnitt erschöpft sich also darin, eine ganze Reihe von Folgefragen zu erörtern. Er ist „generell“ nur in der Hinsicht, dass die vertragstreue Partei überhaupt das Wahlrecht haben muss. Die grundsätzlichere Frage der Einordnung von Vertragsklauseln als *conditions, warranties* oder *innominate terms* behandelt *McKendrick* in einem späteren Abschnitt. Der gegenwärtige allgemeine Abschnitt enthält 122 Fußnoten; neun davon geben Hinweise auf Sekundärliteratur. Fußnote 1 bietet neun Nachweise im Sinne einer allgemeinen Bibliographie, d.h. ohne Bezug auf bestimmte Rechtsfragen. Dieselben Einträge finden sich in späteren Fußnoten zu Einzelfragen wieder, stets im Stile einer pauschalen Verweisung („see …“), jedoch ohne Wiedergabe der jeweiligen Meinung oder eine Auseinandersetzung damit.

Zur Frage der Einordnung der *terms* findet sich in Chitty außer der schon aus Halsbury's bekannten Dreiteilung die Frage eigens erörtert,[31] ob es noch eine vierte Kategorie gibt, nämlich *fundamental terms.* Diese sind umschrieben als

> „the *'core'* of the contract, the non-performance of which *destroys the very substance of the agreement* […] 'something narrower than a condition of the contract', […] something which *underlies the whole contract* so that, if it is not complied with, the *performance becomes totally different from that which the contract contemplates*“.[32]

---

[29] *E. McKendrick,* in: Chitty on Contracts (Fn. 26), Bd. 1: General Principles, *Part* 7: Performance and Discharge, *ch.* 24: Discharge by Breach, *s.* 1: In General.

[30] *E. McKendrick,* Contract Law, 13. Aufl., 2019; *ders.,* Contract Law – Text, Cases, and Materials, 8. Aufl., 2018.

[31] In Halsbury's begegnet der Ausdruck „fundamental breach“, aber nicht die Frage, ob dem eine eigene Klasse von Vertragsklauseln gegenübersteht.

[32] Chitty I/*McKendrick* (Fn. 29), Rn. 13-021 mit Rechtsprechungsnachweisen.

Dieser Katalog von Umschreibungen[33] enthält einiges Bekannte, aber auch die hervorgehobenen neuen Formulierungen. Dies bleibt unkommentiert, obwohl *McKendrick* anschließend hervorhebt, das *House of Lords* habe diese vermeintliche Unterabteilung schon Ende der 1960er Jahre als nichts anderes denn *conditions* erkannt:[34] Ist diese Rechtsprechung seitdem auf vermeintliche *conditions* anwendbar?

Bemerkenswert ist dies, weil der Autor gleichsam im Vorbeigehen eine hypothetische Erwägung wiedergibt, die das *House of Lords* in dem vorgenannten Urteil angestellt hatte. Diese Frage kann grundsätzliche Zweifel daran wecken, wie einfach sich eine Klausel überhaupt als *condition* einordnen lässt. Sie lautet, ob in einem Vertrag über die Lieferung von Erbsen, bei dem der Schuldner tatsächlich Bohnen geliefert hatte, „Erbsen" die Grundlage des Vertrags sind, oder etwa „Hülsenfrüchte" (*leguminous vegetables*). Keine der bisher angebotenen Formeln gibt dafür mehr als eine ungefähre Richtung vor, auch nicht die neuen: „Kern" (*core*) oder „völlig andere Leistung als in dem Vertrag erwogen". Gleichwohl lässt sich immer die Frage stellen, ob nicht das *genus proximum* der geschuldeten und der tatsächlich erbrachten Leistung die Grundlage, den Kern, den Urgrund etc. des Vertrags bildet. Wenn es sich aber so verhält, dann ist die ganze Einteilung des Leistungsstörungsrechts (jedenfalls an dieser Stelle) auf Treibsand gebaut. Dazu schweigt *McKendrick* allerdings, und nicht einmal Querverweise zwischen den Abschnitten finden sich.

Diese Stichproben aus zwei weitverbreiteten Werken werfen ein Licht auf einige Wesenszüge der englischen juristischen Literatur: erstens die eher untergeordnete Rolle, wenn nicht des Gesetzesrechts, so doch des Gesetzestexts; zweitens die wenig hervorgehobene Stellung der Rechtswissenschaft. Die Autoren äußern selten eigene Meinungen, die Meinungen anderer werden nebenbei registriert, zu einer Auseinandersetzung kommt es nicht. Die Bearbeitung erschöpft sich größtenteils darin, die Rechtsprechung zu den behandelten Fragen zusammenzutragen. Die Autoren zitieren die zentralen Passa-

---

[33] In *Valilas* v. *Januzaj* [2014] EWCA Civ 436; 154 Con LR 38, Rn. 59 spricht *Arden LJ* zurückhaltend von „open-textured expressions": „The common law adopts open-textured expressions for the principle used to identify the cases in which one contracting party ('the victim') can claim that the actions of the other contracting party justify the termination of the contract. I will use the formulation that asks whether the victim has been deprived of substantially the whole of the benefit of the contract. The expression 'going to the root of the contract' conveys the same point: the failure must be compared with the whole of the consideration of the contract and not just a part of it. There are other similar expressions. I do not myself criticise the vagueness of these expressions of the principle since I do not consider that any satisfactory fixed rule could be formulated in this field."

[34] Dies geschah in *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA* v. *NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361; siehe Chitty I/*McKendrick* (Fn. 29), Rn. 13-022 Fn. 90.

gen wichtiger Urteile wörtlich, häufig begleitet von einer Zusammenfassung des tatsächlichen Hintergrunds des jeweiligen Rechtsfalls, und nennen den urteilenden Richter beim Namen. Die Abschnitte V–VII werden diese Besonderheiten der juristischen Literatur aus den Wesenszügen des englischen Rechts erklären.

c) *Das Kapitel über „Consumer Contracts"*

Hervorhebung verdient ein Kapitel des Chitty, das sich erst seit einigen Jahren dort findet, nämlich Kapitel 38 über „Consumer Contracts". Autor ist der Oxforder Professor *Simon Whittaker.*[35] In seinem umfangreichen Beitrag (462 Seiten) begegnet eine Mischtechnik: Den äußeren Rahmen der Darstellung bilden Sachgesichtspunkte, die nicht immer die Gliederung des erläuterten Texts widerspiegeln. Dies ermöglicht es *Whittaker,* ein vollständiges Bild aus EU-Richtlinien und -Verordnungen, britischem Umsetzungsrecht und rein nationalen Regelungen zu zeichnen. So ließ sich auch die Zersplitterung des Verbrauchervertragsrechts bewältigen, das vor dem *Consumer Rights Act* 2015 (CRA 2015) auf eine Vielzahl von Gesetzen und *Regulations* (ministeriellen Verordnungen) verteilt war. Der CRA 2015 hat deren Zahl verringert, aber immer noch nicht alle Regelungen in sich aufgesogen.

Whittakers Darstellung des CRA 2015 übernimmt immer wieder die Abfolge der Bestimmungen, um bei anderen Gelegenheiten auf reine Sachgesichtspunkte zurückzugreifen. Auch wenn der Gesetzeswortlaut den Ausgangspunkt der Erläuterungen bildet, ist doch nie die vollständige Bestimmung abegdruckt, und oft finden sich Paraphrasen oder Zusammenfassungen im Wechsel mit wörtlicher (Teil-)Wiedergabe. Auch dies erklärt sich aus der Sache: Der CRA 2015 treibt den Detailreichtum und die Zerklüftung der gesetzlichen Regelungen auf eine neue Spitze und macht den Text durch zahlreiche Querverweise nahezu unverständlich – jedenfalls für den Laien, dem zugleich der Zugang durch eingängige Überschriften erleichtert werden soll wie etwa „What remedies are there if statutory rights under a goods contract are not met?" (Überschrift vor *ss.* 19–24 CRA 2015). So hat etwa *s.* 19 insgesamt 36 Untergliederungen (15 Absätze, 21 Unterabsätze),[36] *s.* 20

[35] *S. Whittaker,* in: Chitty on Contracts II (Fn. 26), *ch.* 38.

[36] An anderer Stelle hat *Whittaker* dies scharf kritisiert (Distinctive features of the new consumer contract law, LQR 133 [2017], 47–72, 49 f.): „the drafting of Pt 1 of the 2015 Act […] is both complicated and unnecessarily wordy. For example, the main provision (s19) which sets out the relationship between breach of the statutory terms in goods contracts and the consumer's special remedies contains 15 sub-sections and just over 750 words. It is indeed ironic that much of this wordiness (as well the creation of new and often cumbersome terminology) reflects a desire to make the 2015 Act more accessible to consumers and their advisers." Zu den erwähnten Ungereimtheiten in der Terminologie siehe *loc. cit.,* 57–59. Dass nicht nur das englische Recht Schwierigkeiten mit der Integration des (EU-)Verbraucherschutzrechts in das Zivilrecht hatte, hat der englischen Rechts-

derer 31, und *s.* 24 sogar 34; *s.* 19 allein enthält (je nach Zählung) Querverweise auf knapp 30 Stellen, die meisten anderswo im Gesetz, einige innerhalb *s.* 19 selbst. Ähnliche Zahlen ergeben sich für die übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts. *Whittakers* Text bleibt dagegen flüssig lesbar. Es kann allerdings schwierig sein, Erläuterungen zu einem bestimmten Absatz rasch zu finden. Seine Bearbeitung kommt einem Kommentar im Sinne der Ausgangsdefinition immerhin nahe.

IV. Andere zivilrechtliche Erläuterungswerke

1. Benjamin's Sale of Goods

„Benjamin's Sale of Goods" erschien erstmals im Jahr 1868 und ist gegenwärtig in der 10. Auflage (mit Nachtrag) auf dem Stand von 2019.[37] Das Werk ist elektronisch vollständig zugänglich. Die Gliederung des Bandes folgt nicht dem Gesetz. Einzelne Themenblöcke im Gesetz kehren in Benjamin's zwar wieder. Sie sind aber durch Einschübe getrennt, und einzelne Regelungen im Gesetz sind in Benjamin's auch in größeren Abschnitten neu zusammengestellt. Der Gesetzestext steht außerdem häufig nicht am Anfang der Erläuterungen (etwa im Beispiel von *s.* 49 SoGA 1979 erst nach einem Viertel der Erläuterungen). Vereinzelt eröffnet jedoch der Gesetzestext einen Abschnitt, und die Erläuterungen entfalten sich in der Reihenfolge der Tatbestandsmerkmale.[38] Ansonsten wird *s.* 49 im Verlauf des Texts nicht zitiert, sondern ist mit dem gesamten Gesetz im Anhang abgedruckt. Kurioserweise tritt etwa *s.* 54 vollständig zu Beginn des Abschnitts zur Verzinsung des ungezahlten Preises auf, eine Bestimmung also, die eine bloße Folgeregelung zu *s.* 49 trifft.[39]

Der Text in *s.* 49 ist in den Ausführungen des größeren Kapitels sehr wohl gegenwärtig. Diese beziehen sich immer wieder auf das Gesetz. Gegenstand der Erläuterungen ist aber nur selten der Gesetzeswortlaut. Vielmehr zieht der Bearbeiter, *Francis Dawson,* öfter seine Zusammenfassung des Inhalts der Vorschrift heran, soweit es der Zusammenhang jeweils erfordert. In dieser

---

wissenschaft *R. Zimmermann,* Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience, Current Legal Problems 57 (2005) 415–489, 459 f. gezeigt: „the new §§ 305–310 [BGB] seem like a piece of pop music tossed into the second movement of a classical symphony: a *corpus alienum* without intellectual connection to its surroundings. […] The new provisions amending the BGB are easily recognizable in view of the fact that they tend to be long-winded, badly drafted and also, not rarely, ill-considered. The quality of modern legislation has often been deplored."

[37] *M. Bridge* (Hg.), Benjamin's Sale of Goods, 2019.

[38] *F. Dawson,* in: Benjamin's Sale of Goods (Fn. 37), Rn. 16-021–027.

[39] Benjamin's/*Dawson* (Fn. 38), Rn. 16-007.

Gestalt dient *s.* 49 der Bestätigung oder Veranschaulichung, nicht dagegen als Ausgangspunkt der Betrachtungen.

Einem Kommentar im Sinne der Eingangsdefinition am nächsten kommt das 11. Kapitel zu den Vorschriften über Sachmängel.[40] Der Gesetzestext eröffnet das Kapitel und die Erläuterungen folgen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Reihe nach. Die Erläuterungen selbst enthalten nahezu ausschließlich Rechtsprechungsnachweise. Ganz vereinzelt finden sich Hinweise auf Schrifttum. Kritik oder Diskussion dazu gibt es aber nicht.

Einen ungewöhnlichen Weg schlägt Benjamin's hinsichtlich der oben schon betrachteten Frage der Rechtsfolgen von Leistungsstörungen ein. Die zahlreichen Formeln zur Umschreibung der *innominate terms* finden sich bei Benjamin's gar nicht. Überhaupt schlägt der Autor, hier *Donal Nolan,* eine bloße Zweiteilung vor (und beeilt sich, dafür einzelne Urteile anzuführen): Entweder eine Vertragsklausel ist eine *condition* oder nicht. Wenn nicht, hängen die Rechte der vertragstreuen Partei von Wesen und Folgen des Vertragsbruchs ab. Klauseln dieser Art mag man insgesamt als *warranties* beschreiben oder auf einen Oberbegriff ganz verzichten.[41]

Nolan sieht auch, dass dies schwer mit dem Gestzeswortlaut vereinbar ist. Der *Sale of Goods Act* gebraucht nämlich den Ausdruck *warranties* im hergebrachten Sinn und ruft damit nach einer dritten Kategorie,[42] wie sie die überwiegende Rechtsprechung entwickelt hat. Diesen Einwand entkräftet der Autor mit einem Einwand, dessen Wortlaut auf *Burrows'* Klassifizierung[43] zu zielen scheint, ohne *Burrows* jedoch beim Namen zu nennen:

> „It is noteworthy however that whereas cases continue to discuss whether terms are conditions, no recent case appears to consider whether a term is such that no breach of it can *ever* give rise to the right to reject; and it may therefore be questioned whether the notion of such a term is a necessary one. The term is twice attributed to contract duties in the Sale of Goods Act 1979, but it has been held [hier folgen Rechtsprechungsnachweise] that a breach of warranty with serious consequences may be repudiatory."[44]

Immerhin hat dieser Abschnitt den akademischsten Zuschnitt: Die Einleitung zur Einteilung der Vertragsklauseln schaut weit zurück in die englische Rechtsgeschichte und bemüht sogar den Vergleich mit dem amerikanischen und mit dem römischen Recht.[45]

---

[40] *D. Nolan,* in: Benjamin's Sale of Goods (Fn. 37), Rn. 11-001 ff.

[41] Benjamin's/*Nolan* (Fn. 40), Rn. 10-033.

[42] Siehe *s.* 11 (3) SoGA 1979: „Whether a stipulation in a contract of sale is a condition, the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract; and a stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract."

[43] Siehe in und bei Fn. 17.

[44] Benjamin's/*Nolan* (Fn. 40), Rn. 10-033 (Hervorhebung im Original).

[45] Benjamin's/*Nolan* (Fn. 40), Rn. 10-015 f., 10-024–026.

2. *Dicey's Conflicts of Laws*

„Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws" ist die 15. Auflage des Werks betitelt, das *Albert Venn Dicey* 1896 erstmals als „A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws" veröffentlicht hatte.[46] Unter den acht Bearbeitern sind sieben Professoren und ein *Law Lord* im Ruhestand. Das Werk ist vollständig elektronisch zugänglich. Im Vorwort zur ersten Auflage beschrieb *Dicey* sein Vorgehen so:[47]

> „In the following pages the principles of private international law as recognised by English courts […] are treated as a branch of the law of England: these principles are exhibited in the form of systematically arranged Rules and Exceptions, and each of these Rules and Exceptions is, when necessary, elucidated by comment and illustrations."

Wie der Titel des Ursprungswerks schon andeutet und wie sich aus dem Vorwort ergibt, sind die Regeln und Ausnahmen durch Abstraktion aus den Entscheidungen englischer Gerichte gewonnen.[48] Einige Fragen hatten auch schon zu *Diceys* Zeit eine gesetzliche Regelung erfahren; diese Entwicklung hat sich seitdem erheblich beschleunigt. Die Quellen sind in *Diceys* Fußnoten nachgewiesen. Auch Sekundärliteratur ist verarbeitet, sogar ausländische in der Originalsprache, wie in der *List of Authorities* aufgeführt, und wie sich ebenfalls aus den Fußnoten ergibt.[49]

Dicey ist damit selbst der Urheber des Primärtexts, auf den sich die Erläuterungen und Fallbeispiele beziehen. Mit dieser Einschränkung lässt sich *Diceys* Werk duchaus als Kommentar im Sinne der Ausgangsdefinition beschreiben. In der Einleitung erklärt er, dass diese Art der Darstellung des Stoffs die Vorzüge der (hauptsächlich kontinentalen) *theoretical method* mit denen der (vorherrschend englischen) *positive method* verbinden soll.[50] Die *comments* sind außerdem weitaus weniger den zugrundeliegenden Urteilen verhaftet, als es bei anderen zeitgenössischen Werken der Fall war und bis heute der Fall ist. Auffallend ist besonders das Fehlen der üblichen Sachverhaltsnacherzählungen.

Die jüngste Auflage gliedert sich in sieben *Parts* und weiter in 37 *Chapters.* Die eben geschilderten Wesenszüge des Ursprungswerks haben die Autoren beibehalten. Dies gilt auch hinsichtlich der mittlerweile sehr viel zahlreicheren Gesetze und (europäischen) Verordnungen: Auch diese übersetzen

---

[46] Die 2. Aufl., 1908 ist online zugänglich unter <https://archive.org/details/cu31924021666445/page/n1>.

[47] *Dicey,* Digest (Fn. 46), vii.

[48] *Dicey,* Digest (Fn. 46), 64: „They are essentially generalisations suggested by the decisions of the Courts taken in combination with judicial dicta, and with regard to the doctrines in regard to the conflict of laws propounded by righters such as *Storey, Westlake,* or *Savigny,* of acknowledged weight and authority."

[49] *Dicey,* Digest (Fn. 46), xv.

[50] *Dicey,* Digest (Fn. 46), 16–23.

die Autoren in „Regeln“, kombinieren gelegentlich Vorschriften aus mehreren Gesetzesbestimmungen zu einer Regel mit mehreren Absätzen, behalten dabei aber den Wortlaut weitgehend bei. (Nur) in diesem Sinne entfernt sich das Werk von einem Kommentar im Sinne der Ausgangsdefinition.

3. Erläuterungswerke zum Gesellschaftsrecht: Palmer's; Gore Brown; Buckley; Lindley & Banks

Der Gesetzgeber beschreibt den *Companies Act* 2006 (CA 2006)[51] als

> „[a]n Act to reform company law and restate the greater part of the enactments relating to companies; to make other provision relating to companies and other forms of business organisation; to make provision about directors' disqualification, business names, auditors and actuaries; to amend Part 9 of the Enterprise Act 2002; and for connected purposes.“

Das gesetzgeberische Programm klingt damit wenig überraschend. Ein klarer Plan wird aus der Folge der 47 Abschnitte (*Parts*) allerdings nicht immer ersichtlich. *Part* 5 zu „A Company's Name“ ist *Part* 41 zu „Business Names“ verwandt (dies war ursprünglich der separate *Business Names Act* 1985), beide stehen aber an entgegengesetzten Enden des Gesetzes. Zwischen den Vorschriften des *Part* 9 über die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und des *Part* 13 zu Versammlungen und Abstimmungen sind *Parts* 10 zu den Geschäftsführern, 11 zur Übernahme einer Klage der Gesellschaft gegen Geschäftsführer durch Gesellschafter (*derivative action, s.* 260 ff.) und 12 über den Urkundenführer (*secretary*) geschoben. Die verwandte (und komplementäre) *unfair prejudice petition* (*s.* 994 ff.) zum Schutz der Gesellschafter ist aus unerfindlichen Gründen in *Part* 30 untergekommen, und an versteckter Stelle am Ende des *Part* 37 (*s.* 1157) findet sich die ergänzende *power of the court to grant relief in certain cases.* Die Beispiele ließen sich vermehren.

Der CA 2006 ist mit seinen 1300 *sections* (nach zwischenzeitlichen Novellen knapp 1400) das längste Gesetz, das der britische Gesetzgeber jemals geschaffen hat. Die Länge ergibt sich nur zum Teil aus kopmlizierten Regelungsmaterien (Rechnungslegungsvorschriften, Vorschriften über das Gesellschaftsregister, Umstrukturierungen und Übernahmen) oder daraus, dass der Act die Entsprechungen zur deutschen GmbH und zur AG in einem einzigen Gesetz behandelt.

Der Umfang des Gesetzes ist stattdessen zum größeren Teil eine Folge der Detailverliebtheit des Gesetzgebers (zu den Gründen unten V.2), die sich beispielhaft an den zahlreichen Verfahrensvorschriften zeigt. Diese unterscheiden sich regelmäßig zwischen verwandten Materien, wenn auch nur geringfügig. Die Technik eines „Allgemeinen Teils“ oder auch nur von Querweisen oder Verzahnungen zwischen Abschnitten des Gesetzes ist dem

---

[51] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/body/2019-11-13>.

Gesetzgeber unbekannt oder jedenfalls weitgehend ungebräuchlich. Auf diese Weise lassen sich Verdoppelungen und Ungereimtheiten schwer vermeiden.

So bestimmt etwa *s.* 437 (3) den Begriff einer „Bilanzversammlung“ mit Geltungsanspruch für das gesamte Gesetz: „In the Companies Acts ‚accounts meeting‘, in relation to a public company, means a general meeting of the company at which the company's annual accounts and reports are (or are to be) laid in accordance with this section.“ Es stellt sich allerdings heraus, dass diese Definition nur auf drei Vorschriftenblöcke zur Anwendung kommt (*ss.* 489–491; *ss.* 515, 519, 523; *ss.* 527, 529, 531). Genauso oft enthält das Gesetz Regelungen, für die jeweils eine eigene Definition gilt, nämlich *s.* 424 (6),[52] *s.* 439 (6),[53] und *s.* 439A (8).[54] Die Unterschiede zwischen den Varianten sind nicht offensichtlich, schon gar nicht ihre Notwendigkeit in der Sache. Die Praxis scheint dieser unaufgeräumte Zustand des Gesetzes allerdings nicht zu stören: Urteile zu diesen und anderen Verfahrensvorschriften finden sich nicht in nennenswerter Zahl. Es lässt sich vorhersagen, dass die gesellschaftsrechtliche Literatur versuchen wird, der Gesetzessystematik nachzuhelfen.

a) Palmer's Company Law

„Palmer's Company Law“ (PCL) ist mit seinen vier umfangreichen Bänden auf dem Stand vom Juli 2019.[55] Neubearbeitungen werden jeweils in den bestehenden Text eingeschoben und mit Monat und Jahr gekennzeichnet. Das Werk ist vollständig elektronisch zugänglich. Der Herausgeber und die meisten der 14 Autoren sind Hochschullehrer.

Die Einleitung zum Gesamtwerk bietet einen Überblick zur Geschichte des (ursprünglich englischen, jetzt britischen) Gesellschaftsrechts. Weder hier noch in den folgenden Einleitungen zu größeren Abschnitten oder zu einzelnen Themenbereichen unternehmen die Autoren jedoch den Versuch, Zusammenhänge oder übergeordnete Grundsätze aufzudecken oder herzustellen. Die Kapitel folgen nicht der Anordnung des CA 2006, sondern bringen Themen zueinander, die im Act verstreut sind, beispielsweise die Vorschriften über Mitglieder, das Mitgliedschaftsregister, und die Beschlussfassung bei Versammlungen. Zwischen Kapitel, deren Gegenstände die Autoren auf diese Weise dem CA 2006 entnommen haben, sind Kapitel eingeschoben, die nach demselben Muster verwandte Gesetzgebung außerhalb des Acts behandeln.

---

[52] „In this section the ‘relevant accounts meeting’ means the accounts meeting of the company at which the accounts and reports in question are to be laid“.

[53] „In this section—‘the accounts meeting’ means the general meeting of the company before which the company's annual accounts for the financial year are to be laid; […]“.

[54] „In this section—(a) ‘accounts meeting’ means a general meeting of the company before which the company's annual accounts for a financial year are to be laid; […]“.

[55] *G. Morse* (Hg.), Palmer's Company Law; Stand: Juli 2019. Wer der Autor eines einzelnen Abschnitts ist, ergibt sich aus der elektronischen Version freilich nicht.

Das Kapitel des CA 2006 über die Geschäftsführerpflichten (*directors' duties*) führt die einzelnen Pflichten in jeweils einer eigenen *section* an. An deren Reihenfolge halten sich die Autoren bei der Erläuterung. Ausgangspunkt ist dabei allerdings nicht der Gesetzeswortlaut. Gelegentlich kommen die Bearbeiter dem Wortlaut nahe, etwa mit der Paraphrase eingangs der Auslegung der *s.* 171:

> „Section 171 of the Companies Act 2006 requires directors to (a) act in accordance with the company's constitution (as defined in s257, which is wider than s17); and (b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred."[56]

Schon bei der nächsten, der zentralen Vorschrift der *s.* 172, tritt der Wortlaut dagegen nicht mehr in Erscheinung. Allgemeinen Vorbemerkungen zur Bedeutung („one of the more important and controversial provisions in the Companies Act 2006"[57]) und zum Regelungsgehalt[58] folgen Erläuterungen zu „The crucial elements of Companies Act 2006 s172".[59] Zum Referenztext gelangt nur, wer auf eine der Schaltflächen (Hyperlinks) im Text oder in den Fußnoten klickt. Die Erläuterungen selbst mischen Inhaltsparaphrase, Hinweise auf Verbindungen mit benachbarten oder verstreuten anderen Vorschriften des Acts, sowie kurze Zusammenfassungen der Urteile zur jeweiligen Frage. Eine kritische Diskussion findet sich äußerst selten, Alternativvorschläge schon gar nicht, und auch keinerlei Sekundärliteratur.

b) *Gore-Browne on Companies*

„Gore-Browne on Companies" ist ein Loseblattwerk, das mehrmals jährlich aktualisiert wird.[60] Die Autoren sind überwiegend Praktiker, darunter ein *Law Lord* im Ruhestand (*Lord Millett*). Das Werk ist vollständig elektronisch zugänglich.

Gore-Browne fasst die 47 Teile des CA 2006 in zehn *Parts* nach Sachgesichtspunkten zusammen (so sind etwa *company* und *business names* in einem Unterabschnitt des ersten Teils gemeinsam behandelt und auch die anderen oben genannten verstreuten Materialien zusammengetragen) und fügt vier

---

[56] Palmer's Company Law (Fn. 55), Rn. 8.2501. Der Originaltext lautet: „A director of a company must—(a) act in accordance with the company's constitution, and (b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred."

[57] Palmer's Company Law (Fn. 55), Rn. 8.2601.

[58] Palmer's Company Law (Fn. 55), Rn. 8.2602: „[…] rejects the 'pluralist approach' and adopts the 'enlightened shareholder value' recommendations of the Law Commissions and CLR [Company Law Review]".

[59] Palmer's Company Law (Fn. 55), Rn. 8.2603–8.2619.

[60] *P.J. Millett (Lord Millett)/A. Alcock/M. Todd* (Hg.), Gore-Browne on Companies, 45. Aufl., Stand: Dezember 2019. Auch hier erhellt die elektronische Version nicht, wer der Autor eines einzelnen Abschnitts ist.

zu verwandten Materialien hinzu (Steuern, finanzielle Schwierigkeiten, Liquidation, internationales Gesellschaftsrecht).

Innerhalb der zehn Teile hält sich Gore-Browne in der Regel nicht an die Reihenfolge der *sections* des CA 2006, sondern behandelt jeweils einen Themenkomplex anhand aller Gesetzesbestimmungen dazu. Auch wenn ein solcher Themenkomplex seinen Ausgangspunkt in einer bestimmten *section* hat, finden sich zwar Überschriften wie „Articles as an Enforceable Contract: Section 33" oder „Alteration of Articles: Section 21". Der Wortlaut des Gesetzes tritt aber nicht auf, sondern Zusammenfassungen oder Paraphrasen, die in den Fußnoten auf ihre Quelle im Gesetz verweisen. Wörtliche Zitate sind Urteilsauszügen vorbehalten.

Gore-Browne reflektiert an einer zentralen Stelle über die Anordnung der Erläuterungen und der Gesetzesbestimmungen:[61]

> „The following account of the [directors'] general duties follows the order they appear in the Companies Act 2006, which does not reflect at least the order of the approach traditionally adopted in a description of directors' duties. The latter would deal first with the core fiduciary duty to act in good faith, followed by further duties or applications of the core duty."

Es ist mit anderen Worten einer erklärenden Bemerkung wert, dass nicht das Fallrecht die Struktur der Erläuterungen vorgibt, sondern das Gesetzesrecht. Das Rohmaterial der Erläuterungen ist gleichwohl durchgehend die Rechtsprechung. Hinweise auf Sekundärliteratur finden sich nur ganz gelegentlich und auch dann nur im Stil eines einfachen Nachweises, selbst in den Teilen, die von Hochschullehrern bearbeitet sind. Dies gilt auch bei Fragen, die Gegenstand einer regen akademischen Debatte sind, wie etwa „Lifting the Corporate Veil"[62] oder die erstmals gesetzlich niedergelegten „Directors' duties".[63]

Dennoch kommt es an einigen Stellen zu einer Diskussion, die allerdings gelegentlich einem Schattenboxen ähnelt. So heißt es etwa zu einer notorisch rätselhaften (und möglicherweise überflüssigen) Vorschrift des CA 2006:[64]

> „Even with the change of wording in section 33 of the Companies Act 2006, reliance on the previous case law is likely to continue and it must be readily conceded that the case-law is still in a state of some confusion. It is clear that in some situations the courts will allow a member, suing as such, to enforce a non-shareholder right conferred by the articles. […] However, it is a long step from this to conclude that every shareholder has a right to have all and every one of the articles enforced by declaration or injunction. There are a number of arguments against such a sweeping proposition. […]"

Der Leser sucht vergeblich einen Hinweis, wer denn den „kühnen Vorschlag" unterbreitet hat; in der einzigen Fußnote findet sich nur ein Urteil, das die im Gore-Browne bevorzugte Auffassung vertritt.[65]

---

[61] Gore-Browne on Companies (Fn. 60), Rn. IV.15.[8A].
[62] Gore-Browne on Companies (Fn. 60), Rn. II.7.[1] ff.
[63] Gore-Browne on Companies (Fn. 60), Rn. IV.15.[1] ff.
[64] Gore-Browne on Companies (Fn. 60), Rn. II.6.[5].

c) Buckley on the Companies Acts

„Buckley on the Companies Acts" erschien erstmals 1872 aus der Feder des *barristers* und späteren Richters *Buckley LJ.* Von den 22 Autoren des heutigen Werks[66] sind gut ein Viertel Hochschullehrer; unter den beteiligten Praktikern finden sich auch drei Richter. Das Werk wird zweimal jährlich aktualisiert. Es ist vollständig elektronisch zugänglich.

Buckley ist in eine Einleitung und 35 *divisions* gegliedert, von denen allerdings nur 26 den CA 2006 behandeln. Die übrigen sind gesellschaftsrechtlichen Nebengesetzen gewidmet. Alle Titel der vorgenannten 26 *divisions* entsprechen denjenigen von *Parts* des CA 2006. Zahlreiche *divisions* versammeln mehrere sachlich zusammengehörige *Parts* unter der Überschrift nur eines davon. Die Reihenfolge der Titel folgt dem Gesetz, mit einer scheinbaren Ausnahme: *division* 25 gilt den *Articles of Association.* Diese Überschrift findet sich auch in *Part* 3, *Chapter* 2 des CA 2006, und in Buckleys *Division* 1 *(Formation), Part* 3, *Chapter* 2. In *Division* 25 geht es stattdessen um die *Model Articles,* d.h. Mustersatzungen, die der Wirtschaftsminister 2008 veröffentlicht hat und die kraft *s.* 20 CA 2006 für alle Gesellschaften einer von drei Arten gelten, die bei ihrer Gründung oder später keine maßgeschneiderte Satzung zum Register gereicht haben.

Ansonsten behält Buckley die Gliederung des Gesetzes bei. Buckleys *divisions* sind lediglich Überschriften, unter denen sich der gesamte *Companies Act* wiederfindet, wie er ist. Am Beginn aller Erläuterungen steht jeweils der Gesetzestext; es folgen Hinweise auf Vorgängerbestimmungen im CA 1985 und auf das Inkrafttreten (der CA 2006 trat erst nach und nach bis 2009 in Kraft; einige Gesetzesänderungen hat der Wirtschaftsminister noch nicht in Kraft gesetzt – wie es ihm das Parlament freigestellt hat). Defintionen und anschließende allgemeine Erläuterungen gehen solchen zu Absätzen und einzelnen Tatbestandsmerkmalen der jeweiligen Bestimmung voraus. *Buckley* entspricht damit äußerlich einem Kommentar kontinentalen Musters.

Die Unterschiede zeigen sich im Inhalt der Kommentierung. Sekundärliteratur findet sich keine, schon gar keine Auseinandersetzungen über kontro-

---

[65] Klarer, aber auch nicht tiefschürfender ist in dieser Hinsicht Gore-Browne on Companies (Fn. 60), Rn. IV.15.[11C]: „The general rule derived from the *Mashonaland* case that does not prohibit a director from competing has been criticised. [Fn. 4: See especially Davies and Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law,* 10th edn, para 16–100.] In *Plus Group Ltd* v. *Pyke,* the Court of Appeal followed it, Brooke and Jonathan Parker LJJ finding it unnecessary to resolve the issue in a case where the competing director had been completely excluded from the company's business and was not making any use of the company's property or confidential information." Mit dieser bloßen Urteilsparaphrase hatten sich *Davies'* und *Worthingtons* Einwände für Gore-Browne offenbar erledigt.

[66] *Dame Mary Arden/D. Prentice/D. Richards,* Buckley on the Companies Acts, 15. Aufl., Stand: Dezember 2019. Wiederum werden in der elektronischen Version keine Autoren für die Abschnitte benannt.

verse Fragen. Solche Fragen sind außerdem schwer zu finden, sofern sie sich nicht um eine ganz bestimmte Vorschrift ranken. „Lifting the Corporate Veil" könnte auf den ersten Blick bei der Vorschrift über Gesellschaften mit und ohne beschränkte Haftung (*s.* 3 CA 2006) oder bei den Folgen der Gesellschaftsgründung (*s.* 16 CA 2006) angesiedelt sein. Stattdessen findet es sich unerwartet bei *s.* 15 CA 2006 über die Gründungsbestätigung, die der Registerführer der Gesellschaft ausstellt.[67] Dort bietet Buckley eine knappe Zusammenfassung der wichtigsten Urteile. Eine Erklärung findet sich nicht. Der Leser bleibt mit einem Sammelsurium von Metaphern allein, ähnlich wie oben bei den Leistungsstörungen. Bei der Anwendung auf den Einzelfall werden sie ihn vermutlich ratlos lassen.

Die Rechtsprechung bestimmt die Erläuterungen. Wo es keine Urteile gibt, beschränkt sich die Kommentierung auf Paraphrasen des Gesetzes oder auf bloße Querverweise. Auf eine Bewertung verzichten die Autoren. So findet der Leser keinen Hinweis auf die Merkwürdigkeit der Definition der Bilanzversammlung (siehe oben). Auch die Leere der Definition einer *share* (Aktie oder Gesellschaftsanteil) in *s.* 540 (1) – „In the Companies Acts ‘share‘, in relation to a company, means share in the company's share capital" (was sonst?) – nehmen die Autoren ohne Weiteres hin: „These subsections restate the definition of ‘share' in CA 1985, s744."[68]

d) Lindley & Banks on Partnership

Zum Recht der Personengesellschaften gehören im englischen Recht die *partnership* entsprechend der deutschen OHG und die *limited partnership* als Gegenstück zur Kommanditgesellschaft; ein unmittelbares Pendant zur GbR gibt es im englischen Recht nicht. Literatur dazu findet sich weit weniger als zu den juristischen Personen nach dem CA 2006. Das einzige umfassende Werk von Rang ist „Lindley & Banks on Partnership". Es ist erstmals 1860 erschienen, und damit noch vor Entstehen des *Partnership Act*s 1890. Sein erster Bearbeiter *Nathaniel Lindley* war zunächst *barrister,* wurde später Richter und stieg bis ins *House of Lords* auf. Der gegenwärtige Bearbeiter, *Roderick l'Anson Banks,* ist ebenfalls ein *barrister.* Das Werk wird zwischen den gedruckten Auflagen regelmäßig aktualisiert.[69] Es ist vollständig elektronisch zugänglich.

Lindley & Banks folgt in der Kapitelgliederung dem *Partnership Act* 1890: Wesen und Gründung der *partnership* – Außenverhältnis – Innenverhältnis – Auflösung. Innerhalb dieser Abschnitte stellt Lindley & Banks die Vorschriften des Acts allerdings thematisch zusammen statt nach ihrer Reihenfolge im

---

[67] Buckley on the Companies Acts (Fn. 66), *s.* 15 Rn. 713.

[68] Buckley on the Companies Acts (Fn. 66), *s.* 540 Rn. 7.

[69] *Roderick l'Anson Banks,* Lindley & Banks on Partnership, 20. Aufl., Stand: Juli 2019.

Gesetz. Der Wortlaut der Bestimmungen tritt im Text nur vereinzelt auf. Üblicherweise finden sich die Nummern der Vorschriften in den Fußnoten; der Act selbst ist vollständig im Anhang abgedruckt.

Die zentrale Vorschrift hinsichtlich des Verhältnisses unter den Partnern ist *s.* 24 *Partnership Act* 1890. Seine neun Absätze verteilt Lindley & Banks auf mehrere Gliederungspunkte, und an keiner dieser Stellen ist der Wortlaut der Vorschriften Ausgangspunkt der Erläuterungen. Vielmehr tauchen die Regelungen (Abs. 1: Gewinn- und Verlustbeteiligung, Abs. 2: Aufwandsersatz, Abs. 5: Geschäftsführung usw.) unter den zahlreichen Fragen auf, die nach Lindley & Banks in einer Partnerschaftsvereinbarung geregelt werden sollten. Dort sind allerdings alle abdingbaren bzw. regelungsbedürftigen Bestimmungen jeglicher Art des *Partnership Act* 1890 berücksichtigt. Das erhöht den Praxiswert, der Lindley & Banks schon immer ausgezeichnet hat. Die Gestalt des Gesetzes tritt dahinter aber vollständig zurück.

Ganz an den Bedürfnissen der Praxis ist auch der Inhalt der Erläuterungen ausgerichtet. Es findet sich ausschließlich Rechtsprechung verarbeitet. Im Verhältnis zu ihr versteht sich Lindley & Banks weitgehend als Berichterstatter. Wenn sich überhaupt einmal Kritisches findet, dann mit der allergrößten Zurückhaltung, wie etwa: „Although the Vice-Chancellor's decision naturally commands great respect, the current editor believes that its basis in law is questionable and should be approached with a degree of caution."[70]

4. Werke zum Insolvenzrecht: Doyle & Keay; Totty, Moss & Segal

a) Doyle & Keay, Insolvency Legislation: Annotation and Commentary

In den beiden führenden Erläuterungsbüchern zum Insolvenzrecht begegnen zwei Muster, die schon oben aufgetreten sind. Unter den acht Autoren von „Insolvency Legislation: Annotation and Commentary" finden sich zwei Professoren, ein Richter und fünf *barristers*. Herausgeber sind der *barrister Louis Doyle* sowie der Professor *Andrew Keay*. Die 8. Auflage ist auf dem Stand von Oktober 2019.[71] Das Werk ist vollständig elektronisch zugänglich. In seinem Mittelpunkt steht der *Insolvency Act* 1986, ergänzt durch britische Nebengesetze sowie durch die EU-Insolvenzverordnung.

---

[70] Lindley & Banks/*I'Anson Banks* (Fn. 69), Rn. 10-29. In der zugehörigen Fn. 154 heißt es: „Note that in *Re White* [2001] Ch. 393 at [11] and [22], Chadwick LJ appears to have assumed that a power of expulsion was carried over, although it is doubtful whether the point was argued." Dieses Urteil bestätigt die Position des anderen Urteils (*Walters* v. *Bingham* [1988] 1 FTLR 260, 268, Browne-Wilkinson VC), dem sich die Bearbeiter von Lindley & Banks nur bedingt anschließen wollten. Sie beklagen jedoch, dass die Parteienvertreter den zweiten Richter nicht besser beraten hatten.

[71] *L. Doyle/A. Keay* (Hg.), Insolvency Legislation: Annotation and Commentary, 8. Aufl., Stand: Oktober 2019.

Wie „Buckley on the Companies Acts“, so folgt auch „Insolvency Legislation“ streng dem Aufbau und Wortlaut des Gesetzes. Auch „Insolvency Legislation“ verarbeitet das Fallrecht umfassend, erklärt das Gesetz aber gründlicher als Buckley. Eine Einschränkung ist lediglich bei einer zentralen Frage angebracht, nämlich bei der Kreditsicherheit in Form einer *floating charge.* Dieses Sicherungsmittel hat keine vollständige Entsprechung in anderen Rechtsordnungen. Davon abgesehen hat die *charge* auch innerhalb der englischen Rechtsordnung eine Fülle sachen- (besser: vermögens-) und insolvenzrechtlicher Fragen aufgeworfen, die von den 1970ern bis in die 2000er Jahre auch Gegenstand einer lebhaften akademischen Diskussion waren. Erst das Urteil *Spectrum Plus*[72] gab auf die wesentlichen Fragen befriedigende Antworten.

Im insolvenzrechtlichen Zusammenhang kommt es auf die Einordnung einer Sicherheit als *floating charge* u. a. für das Recht bestimmter Gläubiger auf vorrangige Befriedigung nach *s.* 40 (2) *Insolvency Act* 1986 an. Diesen Vorrang kann der gesicherte Gläubiger seit 2002 nicht mehr umgehen, indem er seine *floating charge* in eine *fixed charge* umwandelt. Das Gesetz verhindert dies durch die Formulierung „which, as created, was a floating charge“: einmal *floating charge,* immer *floating charge.*

Die Autoren erklären diesen Zusammenhang, aber nicht den grundlegenden Begriff der *floating charge.* Dazu bemerken sie nur, „[t]he technique employed in the drafting of this subsection is also employed in s175(2)(b) and s251, to which reference should also be made“. Unter den Erläuterungen zu der Definitionsnorm der *s.* 251 findet sich dann die wenig erhellende Auskunft:

> „Floating charge—See *SAW (SW) 2010 Ltd v Wilson* [2015] EWHC 4069 (Ch) where the court held that the administrators of a company who had been appointed by an alleged qualifying charge holder had been appointed legitimately as the charge holder did have a floating charge over company property.“

Dieses Urteil bestätigt nur, was das Gesetz schon sagt, erklärt aber wieder nicht den entscheidenden Begriff der *floating charge.* Im Übrigen finden sich in „Insolvency Legislation“ regelmäßig Hinweise auf Sekundärliteratur, doch abermals kaum Kritik und keinerlei Diskussion.

b) *Totty, Moss & Segal, Insolvency*

Anders gehen *Totty, Moss* und *Segal* („Insolvency“) vor.[73] Die Autoren (alle *barristers*) ordnen die Vorschriften des *Insolvency Act* 1986 und der insolvenzrechtlichen Nebengesetze nach Sachgesichtspunkten neu. Das Gesetz zitieren sie nur in Zusammenfassung oder Paraphrase, wann immer es sich im Verlauf der Erläuterungen anbietet. Selbst wenn das Gesetz am Anfang eines Abschnitts steht, ist es nicht sein Wortlaut, sondern eine glattere Formulie-

[72] *Re Spectrum Plus Ltd.* [2005] 2 AC 680.

[73] *P. Totty/G. Moss/N. Segal,* Insolvency, Loseblatt, Stand: November 2019.

rung der Autoren. Dabei kommt es regelmäßig auch zu Beimischungen aus anderen Vorschriften, wenn es dem Verständnis dient. Die Erläuterungen selbst speisen sich ausschließlich aus der Rechtsprechung. Hinweise auf Sekundärliteratur fehlen ebenso wie eine Kritik an der Rechtsprechung oder Alternativvorschläge seitens der Autoren.

V. Die Quellen des englischen Rechts

Alle obenstehenden Merkmale der englischen Erläuterungswerke spiegeln in der einen oder anderen Weise Besonderheiten des englischen Rechts insgesamt wider, allen voran das englische Verständnis der Rechtsquellen. Davon kennt das englische Recht im Wesentlichen zwei: Gesetzesrecht und Richterrecht. Das Gesetzesrecht besteht aus der autochtonen Gesetzgebung ab dem 10. Jahrhundert in den zahlreichen Königreichen auf der Insel Großbritannien. Diese ersetzte die zentrale englische Gesetzgebung nach der Invasion der Normannen und der Einigung des Landes nach 1066. Zwischen 1973 und 2020 hat außerdem das Recht der Europäischen (Wirtschafts-)Gemeinschaft und der Europäischen Union Teilbereiche des englischen Rechts beeinflusst. Wie sich dieser Einfluss zukünftig entwickelt, wird vom Austrittsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union sowie vom anschließend auszuhandelnden Abkommen über die wechselseitigen Wirtschaftsbeziehungen abhängen.

1. Das Richterrecht

Das Richterrecht hat zwei Bestandteile: *common law* und *equity*. Das *common law* ist aus der Rechtsprechung der Richter der mittelalterlichen *curia regis* hervorgegangen. Noch im Mittelalter wurde es unter der Geltung der *forms of action* unbeweglich. Abhilfe schuf die *equity,* die Billigkeitsrechtsprechung der Lordkanzler, durch ergänzende oder wahlweise Rechtsbehelfe. *Common law* und *equity* waren bis 1875 getrennten Gerichtszweigen zugewiesen. Heute können alle Gerichte beide Rechtsmassen anwenden, die allerdings inhaltlich selbständig bleiben.[74]

Das Richterrecht bezieht seine äußerliche Geschlossenheit und seine historische Bruchlosigkeit aus der Bindungswirkung (*precedent*) der tragenden Grundsätze (*ratio[nes] decidendi*), auf denen eine Entscheidung eines höheren Gerichts beruht, für die niederrangigen Gerichte, wenn sie eine ähnliche Sachlage zu beurteilen haben. Der Court of Appeal ist außerdem an seine

[74] Einen Überblick und eine Bewertung zu Sinn und Unsinn der fortbestehenden Trennung gibt *A. Burrows,* We Do This at Common Law but That in Equity, Oxford Journal of Legal Studies 22 (2002), 1–16, *passim.*

eigene frühere Rechtsprechung gebunden. Auch die übergeordneten Gerichte werden möglichst nicht von einer Rechtsprechung des High Court abweichen, die länger Bestand gehabt hat und auf die sich die beteiligten Verkehrskreise eingestellt haben.[75] Ansätze zu diesem System der Präjudizien finden sich schon in der frühen Neuzeit. Seine heutige Ausprägung hat es allerdings erst im 19. Jahrhundert erhalten.[76]

In beiden Sparten des Richterrechts steht das Bemühen um Einzelfallgerechtigkeit gegenüber der Systematik der Rechtsordnung im Vordergrund:

> „[C]ommon law involves the judges developing the law on a case-by-case basis, and fashioning legal rules, not so much by reference to an overarching principle or set of principles, but by reference to the experience and the requirements of justice as assessed in the context of the facts of a particular case, albeit viewed by reference to the law built up by judges in previous cases.“[77]

Diese Betonung der Einzelfallgerechtigkeit statt der Suche nach übergeordneten Prinzipien erschwert die wissenschaftliche Durchdringung des Rechts. Wenn die Umstände des Einzelfalls zählen, wenn praktische Erfahrung und ein Gespür für Gerechtigkeit entscheidend sind, dann entsteht das Recht spontan, wenn auch nicht ungeleitet. Dann kommt es vor allem auf das „Dabeisein“ an, auf den unmittelbaren Eindruck von der Situation.

Damit sind der nachträglichen Rationalisierung durch die Wissenschaft Grenzen gesetzt. In jedem neuen Fall gilt es, erneut über die anwendbaren

---

[75] *W. Holdsworth,* The Early History of Equity, Michigan LR 13 (1914–1915), 293–301, 293: „Continuity is the characteristic feature of the history of the common law“.

[76] *P. Birks,* The Academic and the Practitioner, Legal Studies 18 (1998), 397–414, 401: „The abolition of the forms of action in the nineteenth century was a response to the conviction that all that ancient scaffolding had at length become an impediment to rationality. The same conviction underlay the abolition of the institutional separation of law and equity. These bold reforms supposed that the law could be organised and stabilised by reason, but the truth was that it was not ready to do without some external scaffolding. Time was bought by strengthening the doctrine of precedent. Rigid adherence to past practice would keep things steady“.

[77] *D. Neuberger (Lord Neuberger of Abbotsbury, Master of the Rolls),* Judges and professors – Ships passing in the night?, Vortrag am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 9.7.2012, online: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mr-speech-hamburg-lecture-09072012.pdf>, 18 f., Rn. 35; kürzer *G. Carney,* Comparative Approaches to Statutory Interpretation in Civil Law and Common Law Jurisdictions, Statute LR 36 (2015), 46–58, 46: „Lord Justice Cooper of the Scottish Court of Sessions once remarked: ‘civil law judges silently ask themselves “What should we do this time?” whereas their common law counterparts ask aloud “What did we do last time?”’“; ähnlich schon *Blackstone,* Commentaries (Fn. 5), 54: „the law, and the opinion of the judge, are not always convertible terms, or one and the same thing since it sometimes may happen that the judge may mistake the law. Upon the whole, however, we may take it as a general rule, ‘that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law:’ in the same manner as, in the civil law, what the emperor had once determined was to serve for a guide for the future.“

Maßstäbe nachzudenken. Entscheidend kommt es dann nicht auf die überzeugendste, gerechteste, nützlichste usw. Auslegung eines bestehenden Texts an. Vielmehr lautet die Frage immer von neuem, ob die gegenwärtige Falllage (der tatsächliche Hintergrund des Rechtsstreits) alle diejenigen Merkmale aufweist, die beim letzten Mal (oder bei den letzten Malen in einer Präjudizienkette) eine bestimmte Lösung als angemessen erscheinen ließ.[78] Das ist mit dem Abstellen auf die *ratio decidendi* gemeint. Ist dies der Fall (findet sich die *ratio* wieder), dann ist der neueste Rechtsstreit ebenso zu lösen wie der letzte (die letzten); wenn nicht, ist für ihn eine passende Abwandlung einer bestehenden Lösung oder aber ein völlig neuer Ansatz zu finden.[79]

Das englische Recht bricht also nicht einen bestehenden Grundsatz auf (leichter) subsumtionsfähige Leitsätze herunter, sondern es erhebt sich mit der Suche nach der *ratio decidendi* nur (gleichsam auf halbem Weg) auf die Abstraktionshöhe, die einen Vergleich des Tatsachenmaterials erlaubt.[80] Mehr Verallgemeinerung bedarf es nicht, denn mehr würde nur die Versuchung

---

[78] *P. Sales (Sales LJ),* The common law: context and method, LQR 135 (2019), 47–66, 59: „Because a lower court is legally obliged to follow a decision of a superior court when confronted with the same issue, it is important to identify what is the true ground of decision of the superior court – its *ratio decidendi*"; *P.S. Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, 1987, 68 f.: „the great emphasis on precedent which is characteristic of English law in particular requires the facts of the case to be treated as all important. Whether one case is 'in point', whether or not it is distinguishable from an earlier precedent, must depend on close examination of the facts. And so we find, for this reason, though doubtless also for others, a tremendous emphasis in modern law on the facts of the particular case."

[79] *J. Reid (Lord Reid),* The Judge As Law Maker, Journal of the Society of Public Teachers of Law 12 (1972), 22–29, 24: „Cases are so various in their facts that if we only regarded actual decisions as binding we should not reach our goal until the Greek Kalends. So we say that not only the decision but also the *ratio decidendi* is binding and expect that that will hasten the achievement of certainty. But fortunately judges are human. If they do not like an existing decision or *ratio* because it will produce an unjust or unreasonable result in the case before them they try to distinguish it. And that is where the trouble starts, and you begin to get an impenetrable maze of distinctions and qualifications which destroy certainty because no one advising on a new case can predict how it will go." Schon *D. Lloyd,* Codifying English Law, Current Legal Problems 2 (1949), 155–171, 167, hatte in diesem Zusammenhang gewarnt vor „the danger that case-law is apt to turn distinctions of fact into refinements of law".

[80] *Sales,* Context (Fn. 78), 55: „The parties set the ambit of their dispute and present the materials which they say are relevant to its determination. The court does not conduct a roving inquiry into all factors which might potentially influence a legislature seeking to frame a law appropriate for a particular topic. The law is born out of the argument of party versus party, almost as a side product of the resolution of specific disputes. Accordingly, a court's law-making function, though it can be real, is set within modest parameters. It seeks to draw out a principle which is already in some sense inherent in the decided cases, and then to apply it to the new fact situation with which it is confronted. Typically, therefore, adjustments in the law made by the courts should be incremental."

nahelegen, Folgerichtigkeit (Systematik) über Gerechtigkeit zu stellen. Außerdem können sich vermeintlich allgemeine Grundsätze anlässlich des nächsten Falls schon wieder in einem ganz anderen Licht darstellen.[81] *Lord Wright* hat dies (kritisch) in das Bild von Schiffern gefasst, die sich nie weit von der sicheren Küste entfernen.[82]

Der Rechtswissenschaftler wird dabei zum bloßen Zuschauer. Er oder sie muss sich darauf beschränken, frühere Entscheidungen zu sammeln und nachvollziehbar zu machen. Dies geschieht durch ein Gruppieren möglichst vieler Fälle um möglichst wenige *rationes decidendi.* Lässt sich ein Urteil nicht auf diese Weise zuordnen, so heißt es lapidar, der Richter habe „on the facts" entschieden.[83] Das ist nie falsch; Ausgangspunkt des Nachdenkens sind ja immer die Tatsachen des Rechtsstreits. Es ist auch kein Zeichen dafür, dass sich der Wissenschaftler geschlagen gegeben hat: Ein großes Ganzes, ein Gesamtbild, ein System gibt es eben nicht.[84] Wenn (und weil) es nur um den Preis der Einzelfallgerechtigkeit zu haben wäre, (dann) soll es auch gar kein System geben.[85] Diese Herangehensweise beschreiben englische Juristen üblicherweise als „Pragmatismus".[86]

So erklären sich die Betonung des tatsächlichen Hintergrunds[87] in Halsbury's und in Chitty sowie die wörtliche Widergabe der Metaphern, mit denen

---

[81] *A. Rodger (Lord Rodger of Earlsferry),* Judges and Academics in the United Kingdom, University of Queensland LJ 29 (2010), 29–41, 32: „Judges are usually cautious and work from case to case: making huge statements of principle in advance of the development of case law is usually neither wise nor useful. Judges are all too well aware that even statements made after many years of developing case law can prove treacherous."

[82] *Lord Wright,* Study (Fn. 27), 186: „Is it still not enough to proceed from case to case, like the ancient Mediterranean mariners, hugging the coast from point to point, and avoiding the dangers of the open sea of system or science?"

[83] Oder die Entscheidung wird als falsch verworfen: *M. Flohr,* Richter und Universitätsjuristen in England, RabelsZ 77 (2013), 322–344, 335; dazu gehört allerdings immer noch mehr Mut, als die meisten Autoren aufbringen, auch entgegen *Flohrs* eindrucksvollen (und zutreffenden) Beispielen für das Gegenteil auf S. 341–343, insbes. Fn. 83.

[84] Siehe noch unten bei Fn. 135 zu *Birks'* Unternehmung, mit „English Private Law" ein solches Gesamtbild zu zeichnen.

[85] Kritisch dazu *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 128: „We all know how common it is today for a case to be dismissed as applying only 'on its special facts', but, if taken literally, this is a meaningless formula, and demonstrates the urgent need for radical rethinking of the doctrine of precedent."

[86] Darüber sagt *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 3 f.: „English lawyers are not only more inclined to the pragmatic and somewhat hostile to the theoretical approach, but positively glory in this preference. […] There is the traditional English preference for 'muddling through' which Englishmen still take pride in. Lord Macmillan […] suggests that the English genius 'has always had a strong aversion for and distrust of theory and principle'."

[87] *Lord Wright,* Study (Fn. 27), 186: „[In England p]rinciples follow from concrete decisions, in place of decisions following from principles" (sc. in den kontinentalen Rechtsordnungen). In demselben Sinn bemerkt zum Kontrast mit dem deutschen Recht

der jeweilige Richter sein Gerechtigkeitsempfinden näherungsweise in Worte fasst. Auch auf die Person des Richters kommt es dafür an. Systemtragend ist nämlich sein untrüglicher Instinkt für die gerechte Lösung sowie die Fähigkeit, die eigene Entscheidungsfindung für spätere Richter möglichst greifbar zu machen. Dem wäre es nur schädlich, wenn die verschiedenen Formulierungen zu einer allumfassenden, aber dafür um so abstrakteren und damit weniger anschaulichen Formel gerönnen.[88]

Das Nach-*denken* als eigentümliche Aufgabe der Wissenschaft ist in diesem Zusammenhang zwar nicht überflüssig.[89] Entscheidend (entscheidungstragend) ist im Augenblick des Urteilens aber das Nach-*vollziehen.* Dies kann nur der Richter leisten.[90] Der Beitrag des Wissenschaftlers ist gering, und der Austausch unter den Wissenschaftlern noch weniger bedeutend. Deshalb sind die Autoren von Halsbury's und Chitty so wenig sichtbar. Auf ihre Ansichten kommt es nur am Rande an. Dies gilt erst recht für ihre Ansichten über die Meinungen anderer Wissenschaftler.

2. Die (Neben-)Rolle des Gesetzgebers

a) Die Einzelgesetze und das (fast vollständige) Fehlen von Kodifikationen im englischen Recht

Obwohl der König unter zunehmender Beteiligung der Vertretungskörperschaften der *commons* und *lords* schon im 11., 12. und 13. Jahrhundert Gesetze schuf, stand jedenfalls bis in das 20. Jahrhundert das Richterrecht an der

---

Atiyah, Pragmatism (Fn. 78), 29 f.: „In modern German law, for instance, cases are regularly cited and considered in the judgments of higher courts; but not in the same sort of way as in England. For instance, there is far less detail in the analysis of the facts of cases because the search is not for precedent but for examples."

[88] Ähnlich *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 27 f.: „in meeting this problem [of reconciling the needs of generalisation with the needs of the particular case], English law and lawyers today incline towards the particular case, the concrete, the precedent rather than the principle. […] [I]t may well be that the common law methodology tends to encourage this approach. It is, for instance, rather difficult to imagine a French lawyer concurring with Holmes' famous remark that 'general propositions do not decide concrete cases'. Even Lord Goff, who has spoken perceptively of the importance of principle in the law, also insists that in any conflict between the academic and the practical, it is the latter which must be respected because 'pragmatism must be the watchword'."

[89] *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 37: „much legal research is simply devoted to reading about, and restating the law in convenient and accessible form. The purpose of the English legal textbook, or the standard practitioners' book is thus not thought of as a significantly creative exercise. Others—especially judges, of course—make the law; academics simply read it up, and then try to reduce it to some sort of shape or order."

[90] *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 129, warnt, dieses Vorgehen „can easily degenerate into complete 'ad hockery' – a casuistical methodology which eventually supplants the need for rigorous legal analysis and thought and replaces it with gut feeling and sentiment".

ersten Stelle unter den Quellen des englischen Rechts. Oft gab den Anstoß zur Gesetzgebung, dass dem Parlament Entwicklungen in der Rechtsprechung missfielen, oder dass die Richter den Gesetzgeber eigens aufgefordert hatten, umstrittene oder vielschichtige Fragen selbst zu beantworten.[91] So kam es zu zahlreichen Einzelgesetzen mit jeweils nur wenigen *sections.*

Eines von vielen Beispielen ist der *Law Reform (Contributory Negligence) Act* 1945.[92] Mit dessen vier *sections* überwand der Gesetzgeber gezielt die Regel des *common law,* nach der ein wenigstens fahrlässiger Eigenbeitrag des Geschädigten zu dem erlittenen Schaden (*contributory negligence,* Mitverschulden) seinen Anspruch auf Schadenersatz insgesamt ausschloss, wie gering sein Beitrag auch immer war. Diese Regel versagte verunglückten Industriearbeitern Entschädigungsansprüche gegen ihre Arbeitgeber, und dies selbst angesichts der harschesten und unfallträchtigsten Arbeitsbedingungen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Den anderen Hemmschuh, die *doctrine of common employment,* beseitigte der *Law Reform (Personal Injuries) Act* 1948,[93] mit seinen drei *sections.*

Beide Gesetze waren Teil der Sozialreformen der unmittelbaren Nachkriegszeit durch die Labour-Regierung unter Premierminister Attlee. Gleichwohl handelt es sich um punktuelle Eingriffe ohne systematischen Ehrgeiz. Das Deliktsrecht bleibt ebenso wie große Teile des Vertragsrechts (siehe oben zum Recht der Leistungsstörungen) Richterrecht mit gesetzesrechtlichen Einsprengseln. Daneben wurden Gesetze aus demselben Rechtsgebiet gelegentlich der Übersicht halber in Konsolidierungsgesetzen zusammengefasst, wie etwa in dem umfangreichen *Merchant Shipping Act* 1894.[94] Eine solche (bloße) Konsolidierung ist auch der *Sale of Goods Act* 1979 (siehe oben), im Unterschied zu seinem Vorgänger von 1893. *Chitty LJ* beschrieb solche Gesetze so: „[…] the general object of such Acts is to present the whole body of statutory law on the subject in a complete form, repealing the former statutes“.[95]

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts gab sogar es eine kurzlebige und inhaltlich beschränkte Kodifizierungsbewegung.[96] Sie brachte den *Bills of Ex-*

---

[91] Siehe *P. Sales (Sales LJ),* Judges And Legislature: Values Into Law, Cambridge LJ 71 (2012), 287–296, 287: „The simple picture is that the legislature adopts laws, to replace or supplement existing statutory and common law, while the judges interpret and apply those laws“; 292: „The judges operate in a sort of partnership with Parliament, to carry through the intention of Parliament as identified by them to the outcome of the particular case which Parliament may not have had directly in mind when it legislated. The judges complete the law promulgated by Parliament by applying it.“

[92] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/contents>.

[93] < http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/11-12/41/contents>.

[94] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/57-58/60/contents/enacted>.

[95] *Conservators of the River Thames* v. *Smeed, Dean & Co* [1897] 2 QB 334, 346 (*Chitty LJ*).

change Act 1882,[97] *Partnerships Act* 1890,[98] *Sale of Goods Act* 1893,[99] und *Marine Insurance Act* 1906[100] hervor. Wichtige spätere Kodifikationen, die sich jedoch nicht mehr so nennen, sind der *Companies Act* 2006[101] und der *Consumer Rights Act* 2015.[102]

Der Zweck einer Kodifizierung ist nach englischer Auffassung, „[…] to present an orderly and authoritative statement of the leading rules of law on a given subject, whether they are to be found in statute law or common law“.[103] Damit war allerdings die Frage eher aufgeworfen als beantwortet, wie sich das neue Gesetz zum früheren Fallrecht verhielt, und welchen Status, insbesondere welches Eigenleben künftiges Fallrecht haben sollte. Einerseits findet sich die zeitgenössische Ansicht,

> „[t]he purpose of such a statute surely was that on any point specifically dealt with by it, the law should be ascertained by interpreting the language used instead of, as before, by roaming over a vast number of authorities in order to discover what the law was, extracting it by a minute critical examination of the prior decisions.“[104]

Daraus ergab sich andererseits das Problem des „Alterns der Kodifikation“, falls sie sich anschickte (anmaßte), den Rechtszustand gleichsam einzufrieren. In diesem Fall musste sie zwangsläufig von späteren wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen überholt werden. Dies schien ein selbständiges Fortleben des Fallrechts zu fordern. Die Richter durften den *code* zwar nicht ignorieren, sie mussten aber im Interesse der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit in der Lage sein, sich über ihn zu erheben.[105]

---

[96] Zur Entwicklung bis dahin siehe *Lloyd,* Codification (Fn. 79), 155–158; *A. Tettenborn,* Codifying Contracts—An Idea Whose Time has Come?, Current Legal Problems 67 (2014), 273–295, 274 f.

[97] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61>.

[98] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/53-54/39/contents>.

[99] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1893/71/contents/enacted>.

[100] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41/contents>.

[101] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

[102] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>.

[103] Halsbury's Laws of England (Fn. 14), Bd. 96, hg. v. D. Greenberg, 2018, Rn. 239.

[104] *Bank of England* v. *Vagliano Bros* [1891] AC 107, 144 f., *Lord Herschell,* der allerdings fortfährt, „I am of course far from asserting that resort may never be had to the previous state of the law for the purpose of aiding in the construction of the provisions of the code. If, for example, a provision be of doubtful import, such resort would be perfectly legitimate. Or, again, if in a code words be found which have previously acquired a technical meaning, or been used in a sense other than their ordinary one, […] the same interpretation might well be put upon them in the code.“ Ein Beispiel dafür bietet die Regel zur *remoteness of damages, ss.* 50 (2), 51 (2), 53 (2) SoGA 1893, *s.* 50 (2) SoGA 1979. Sie ist dem Urteil *Hadley* v. *Baxendale* (1854) 9 Ex 341, 354 (*Alderson B*) entlehnt. Nicht die Vorschrift der beiden Sale of Goods Acts bestimmte aber im 20. und 21. Jh. die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet, sondern das Urteil aus dem Jahr 1854, siehe die Erörterung in Benjamin's/*Dawson* (Fn. 38), Rn. 16-045.

Typisch für die Lösung dieses Problems sind *s.* 170 (3) und (4) CA 2006: Laut Abs. 3 ersetzen die gesetzlich vorgesehenen Geschäftsführerpflichten die Regeln des *common law* und der *equity;* deshalb müssen sich Klagen auf eine der *sections* des CA 2006 stützen statt auf eine Pflicht nach früherem Recht. Zugleich weist aber Abs. 4 den Richter an, das neue Recht unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und künftigen Auslegung der Grundsätze des *common law* und der *equity* auszulegen, auf die sich das Gesetz stützt, denn

„[a]lthough the duties in relation to directors have developed in a distinctive way, they are often manifestations of more general principles. Subsection (4) is intended to enable the courts to continue to have regard to developments in the common law rules and equitable principles applying to these other types of fiduciary relationship. The advantage of that is that it will enable the statutory duties to develop in line with relevant developments in the law as it applies elsewhere.“[106]

Deshalb bleibt es freilich stets notwendig, „[to] refer back to a bundle of cases“,[107] oder eleganter ausgedrückt: „Statutes are both dependent on the common law and are a source of common law development.“[108]

Damit ist die Idee der Kodifizierung aufgegeben, wie sie noch *Lord Herschell* am Ende des 19. Jahrhunderts vorgeschwebt hatte.[109] Im 20. Jahrhundert

---

[105] *Ashington Piggeries Ltd* v. *Christopher Hill Ltd.* [1972] AC 441, 501 f. (*Lord Diplock*): „Because of the source of the rules stated in the Sale of Goods Act 1893 the classification adopted is by reference to the promises made in relatively simple types of contracts for the sale of goods which were commonly made in the nineteenth century and had been the subject of judicial decision before 1893. But although the language in which the rules are expressed is appropriate to these simple types of contracts, it has to be applied today to promises made in much more complicated contracts which cannot be readily allotted to any single class of contract which appears to be primarily envisaged by a particular section or subsection of the code. […] My Lords, since I believe that the basic principle of the English common law of contract, including that part of it which is codified in the Sale of Goods Act 1893, is to give effect to the common intention of the parties as to their mutual promises in the sense that I have just described, I prefer to deal with each appeal by considering first the transaction between the buyer and the seller in the light of common sense and good faith in business, before examining the particular provisions of the code upon which the parties rely.“

[106] *Lord Goldsmith [Solicitor-General],* in: House of Lords Hansard, Bd. 678, Sp. GC243–245, 244 [Grand Committee] (6 Feb 2006), online: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldhansrd/vo060206/text/60206-26.htm>.

[107] *The Solicitor-General [Lord Goldsmith],* in: House of Commons Standing Committee Debates (HC Comm D), Sp. 531–537, 532 (6 July 2006), online: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmstand/d/st060706/pm/60706s08.htm>.

[108] *A. Burrows,* The relationship between common law and statute in the law of obligations, LQR 128 (2012), 232–259, 233, und folglich „one cannot regard common law and statute as wholly divorced, and […] it is a mistake to try to understand most statutes in the law of obligations without first being versed in the common law“ (234).

[109] *E. McKendrick,* English Contract Law – A Rich Past, an Uncertain Future?, Current Legal Problems 50 (1997), 25–68, 41: „interest in codification soon waned, and it was not until the creation of the Law Commission in 1965 that codification of the law of contract

erhoben sich zwar immer wieder Stimmen für eine Kodifikation, entweder des gesamten Privatrechts[110] oder jedenfalls einzelner Kerngebiete wie des Vertragsrechts[111] oder ausgewählter Fragen des Handelsrechts.[112] Es blieb jedoch meist bei isolierten Gesetzen mit engem Regelungsbereich. Gelegentlich kam es zu Aufräumarbeiten unter den zahlreichen Einzelgesetzen, gegebenenfalls in Form einer Zusammenfassung des Fallrechts zu einer bestimmten Frage, die dann in ein bestehendes Gesetz einging. Nach diesem Muster entstand der *Sale of Goods Act* 1979 aus dem Vorläufer von 1893, und unter diesem Vorzeichen standen auch die Änderungen des jüngeren Gesetzes seitdem.

---

came back on to the agenda. The Law Commission worked on the project in earnest for a number of years and a draft code was, in fact, produced, but work on the project was suspended in 1973 after the withdrawal of the Scottish Law Commission. The project has never been resurrected. The Law Commission has since confined itself to an examination of specific issues, of varying degrees of importance, within the law of contract."

[110] *Lloyd,* Codification (Fn. 79), 164 f., befürwortete eine Kodifzierung: „Can it be seriously contended, at the present day, that it is more convenient to leave our civil law to be gleaned from a mass of judicial decisions ranging over centuries, many of them conflicting or separated one from another by a judicial hair's-breadth, interlarded by a heap of miscellaneous, piece-meal and haphazard statute law, rather than to reduce it to a neat rational and consistent whole, from which a new start may be made? […] On the other hand, the code is to be more than a mere restatement of the present law, enshrining all its artificial and superfluous complexities and obscurities. A code should seek to clarify, not petrify doubt". Er hatte aber wenig Hoffnung: „Of codification itself I confess that I can detect few signs of any real desire or urge to heed the voice of Jeremy Bentham. I have already pointed out that the recent proposal for statute-law revision is along the traditional English lines of piecemeal consolidation with which official sentiment seems to be well content" (170). Gegen ein bloßes Restatement spricht sich wegen dessen fehlender Bindungswirkung auch *Tettenborn,* Codifying (Fn. 96), 289 f. aus.

[111] *Tettenborn,* Codifying (Fn. 96), 278: „the need for codification of the English law of contract stems from five difficulties with it. These can be summarized as problems of communication; of uncertainty; of indeterminacy; anomaly; and unstated assumptions", die er dann im Rest des Artikels erläutert. Die vorgeschlagene Vertragsrechtskodifizierung sieht er in „the tradition of 'codification-lite' which English civil law is already used to in limited instances, such as the Sale of Goods Act 1979 or the Marine Insurance Act 1906" (290). Antrieb ist dabei auch die Sorge, dass das englische Recht in seinem gegenwärtigen (Zu-)Stand international an Bedeutung verlieren könnte (292–295).

[112] *R.M. Goode,* Removing the obstacles to commercial law reform, LQR 123 (2007), 602–617, 605 ff., der sich ebenfalls um das weltweite Ansehen des englischen Rechts sorgt: „Even if our commercial law were up-to-date and of first-class quality, it is not in a form that can be transplanted into other jurisdictions. You cannot export a mish-mash of thousands of cases and ill-connected statutory provisions" (607). Die positive Kehrseite betont dagegen *McKendrick,* Past (Fn. 109), 57: „English contract law has exerted an enormous influence on international trade. A glance at the law reports will tell you that some of the leading contract cases have been litigated between parties who have no connection with England other than the fact that their contract is governed by English law."

Insgesamt lässt sich daher immer noch sagen, „[w]ritten law is always regarded as fragmentary; […] the main purpose of written law […] is to modify and reform unwritten law; […] in England it is unwritten law that is regarded as normal and written law as exceptional".[113] Vor allem bei den Einzelgesetzen vermeidet der Gesetzgeber grundstürzende Neuerungen, denn

> „[w]hat really characterises us [Englishmen] is a dislike for breaking off and starting afresh. We are not in the least averse to replacing in practice something old by something new. But on the whole we prefer either to alter what is already in existence in such a way as not to destroy its identity, or to set up something new beside the old and let the old live or die according to its capacity for survival."[114]

Dem entsprechen bis heute zwei verschiedene Sichtweisen, die regelmäßig bei der Frage „statute vs. common law" aufeinandertreffen: Die einen sehen in der Traditionsverbundenheit des *common law* eine Hürde auf dem Weg zu gesellschaftlichem Fortschritt, den die Volksvertretung durch Gesetzgebung bewirken soll;[115] die anderen ein Bollwerk gegen kurzatmige, wenig durchdachte und ideologisch motivierte Gesetzgebung.[116]

---

[113] *F. Lawson,* The Rational Strength of English Law, 1951, 17 f. In jüngerer Zeit ähnlich *J. Beatson (Beatson LJ),* The role of statute in the development of common law doctrine, LQR 117 (2001), 247–272, 247: „The importance of statutes in common law systems should not, however, be overlooked since nearly every branch of the common law is now heavily affected by statute. But statute is not 'code'. In particular, whereas the code represents the 'default' principle in civil law systems, common law principle is the 'default' rule in common law jurisdictions. So statutes in common law systems are not regarded as a source of principle upon which flesh is put by interstitial case law development"; kürzer *ders.,* Has The Common Law A Future?, Cambridge LJ 56 (1997), 291–314, 301: „psychologically, if not statistically, statutes can still appear to many lawyers as exceptions rather than the rule".

[114] *Lawson,* Strength (Fn. 113), 20 f. Kritischer sehen dies *F. Pollock,* The Genius of the Common Law, 1912, 34: „After the common fashion of English public business, reforms were introduced piecemeal [häppchenweise] and without any settled plan, and so, while they lightened some of the most pressing grievances, they raised fresh difficulties, almost at every turn"; und *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 34: „When laws and institutions grow organically in the English way, it is dangerous to tamper with the different bits which may seem useless and outdated. The proof of this is that the system as a whole works, even if we cannot say why it works, and what rational purpose the different bits may serve", sowie 125: „The time does come, in law as elsewhere, when old structures are simply too ramshackle to be further patched up, and when they must be torn down and new buildings designed from scratch. But that does require proper study of the rational basis of the whole design so that the new building can be erected on satisfactory foundations. I fear that it is all too rare that this happens in our legal system."

[115] *J.A.G. Griffith,* The Politics of the Judiciary, 5. Aufl., 1997, untersucht aus diesem Blickwinkel zahlreiche Urteile aus verschiedenen Rechtsgebieten, vor allem dem Arbeits- und Sozialrecht und dem Strafrecht.

[116] So für das Arbeitsrecht *A. Bogg,* Common Law and Statute in the Law of Employment, Current Legal Problems 69 (2016), 67–113, 69: „For common law normativists, the common law embodied the public reason of the political community, the community's

b) *Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft*

Auch die Rechtswissenschaft ist betroffen von dem weitgehenden Fehlen systematischer Gesetzgebung und dem vollständigen Mangel einer bürgerlich-rechtlichen Zentralkodifikation. Die zahlreichen punktuellen Gesetze sollen Fehlentwicklungen in der Rechtsprechung korrigieren. Darin erschöpft sich meist ihre Reichweite.[117] Folge ist eine Gesetzestechnik, die Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen in den kleinsten Einzelheiten ausbuchstabiert.[118] Dies soll einerseits dem Fortleben der unliebsamen Rechtsprechung

---

norms refined through incremental historical development in the common law courts. Statute represented a debased legal technique that often reflected the sectional interests of groups such as trade unions, especially following the widening of the democratic franchise. For functionalists, by contrast, the common law represented a highly regressive and anti-democratic impediment to progressive social and economic change. Enduring political change was to be achieved through the deployment of governmental power, in the form of primary legislation and the growth of the administrative state."

[117] *Beatson,* Statute (Fn. 113), 252: „it seems reasonably clear now that that statutory reform both of the criminal law and of private law is unlikely to be by codification but will be by statutes correcting particular defects. This process, which one draftsman described as legislative microsurgery, will make the law even more an amalgam of common law and statute. And this should not be a matter of concern. For, as Zimmermann has stated, 'even a very elaborate set of statutory rules, interpreted teleologically, need not be incompatible with a system of principles of more general application and of a higher order'."

[118] Die Klage über die Formulierung englischer Gesetze ist nicht neu. Schon 1909 hatte *Dicey,* Blackstone (Fn. 2), 298, bemerkt: „An Act of Parliament produced by the skill or cunning of parliamentary draftsmanship, and modified to meet the exigencies of party warfare, is, to put the truth plainly, a document written in the very worst English known to the civilized world." Als Beispiel mag *s.* 2 *Law Reform (Contributory Negligence) Act* 1945 dienen (mangels Platz können die wahrhaft labyrinthischen *ss.* 19, 20 *Consumer Rights Act* 2015 hier nicht abgedruckt werden, siehe oben III.3.):

„Provisions as to workmen and employers.

(1) Where, within the time limited for the taking of proceedings under the Workmen's Compensation Acts, 1925 to 1943, an action is brought to recover damages independently of the said Acts in respect of an injury or disease giving rise, to a claim for compensation under the said Acts, and it is determined in that action that—

(a) damages are recoverable independently of the said Acts subject to such reduction as is mentioned in subsection (1) of the foregoing section of this Act; and

(b) the employer would have been liable to pay compensation under the Workmen's Compensation Acts, 1925 to 1943;

subsection (2) of section twenty-nine of the Workmen's Compensation Act, 1925, (which enables the court, on the dismissal of an action to recover damages independently of the said Acts, to assess and award compensation under the said Acts) shall apply in all respects as if the action had been dismissed, and, if the claimant chooses to have compensation assessed and awarded in accordance with the said subsection (2), no damages shall be recoverable in the said action. This subsection shall apply, with the necessary adaptations, in any case where compensation is recoverable under a scheme certified or made under the Workmen's Compensation Acts, 1925 to 1943, or under the Workmen's Com-

im Gewand einer Auslegung des neuen Gesetzesrechts vorbeugen (was aber nicht zwangsläufig gelingt oder gar vollständig gelingen kann, siehe oben). Andererseits bestätigt dieser geringstmögliche Eingriff die unverzichtbare Rolle der Richter und ihrer Schöpfung, des *common law.*

Für die Wissenschaft bleibt damit wenig zu tun. Das weiterbestehende Richterrecht (nach dem Tilgen der Fehlentwicklung) bewahrt seinen Charakter. Dies soll es nach dem Willen des Gesetzgebers gerade. Es hatte sich schon oben gezeigt, dass seiner wissenschaftlichen Durchdringung engere Grenzen gesetzt sind als in anderen Rechtsordnungen.

Das Reformgesetz wiederum hat keinen weiteren Horizont als das Ausmerzen des einen einzigen Strangs in der Rechtsprechung, auf den es der Gesetzgeber abgesehen hatte. Weitere, allgemeine Lehren daraus ziehen zu wollen, erscheint von vornherein wenig aussichtsreich.[119] Im Laufe der Zeit wird es auch zu dem Reformgesetz Urteile geben. Diese beschränken sich aber wesensgemäß darauf, auszuloten, wie weit das fortbestehende *common law* reicht, und welche Schranken das Reformgesetz seiner weiteren Entwicklung setzt.[120]

Einige Reformgesetze haben einen Eigengehalt, der die entstandene Lücke mit neuen, gerechteren Regeln füllen soll.[121] Bei dessen Auslegung wieder-

---

pensation and Benefit (Byssinosis) Act, 1940, if the scheme applies section twenty-nine of the Workmen's Compensation Act, 1925, or contains any provision similar to that section.
(2) […]".

[119] *Beatson,* Statute (Fn. 113), 307: „statutory provisions have […] been regarded as isolated irruptions into the body of the Common Law which have not been seen as expressing a policy from which a principle could be synthesised". Ebenso *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 31: „the detailed and crabbed style of legislative drafting means that it becomes almost impossible for the courts to draw principles from legislation, to treat legislation as a living graft on the common law, and to develop the law as an integral whole".

[120] *Burrows,* Relationship (Fn. 108), 236: „one needs to know how far the relevant pre-existing common law has been swept away by a statute and how far it continues to exist. Ultimately this is a question for interpretation of the particular statute but certain general themes emerge", und näher zu solchem „statute-based common law" im Unterschied zum „pure common law" unter 4. (240–244), allerdings mit der Einschränkung, „in contrast to common law development, where such analogous reasoning can be employed, that analogous interpretation of statutes is, rightly, no longer thought appropriate. Broad interpretation of the statutory words is one thing but extending the words to situations, albeit analogous, not covered by them is another matter entirely" (242).

[121] Ein Beispiel dafür ist der *Misrepresentation Act* 1967, online: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/7>, der die Regeln zu Fehlangaben vor und bei Vertragsschluss (funktional dem deutschen Irrtumsrecht vergleichbar) teilweise aufhob und neue Regelungen an seine Stelle setzte; *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 124, spricht von „the incredible complexity of the present law relating to misrepresentation in contract, where the common law was first supplemented by equitable rules, and the combined set of rules, already complex enough in all conscience, then had the Misrepresentation Act 1967 piled on top of them." Näher zu den verschiedenen Weisen, in denen sich Reformgesetz und fortbestehen-

holt sich das bekannte Vorgehen des *common law.* Die engen Formulierungen, in denen der Gesetzgeber seinen Gestaltungswillen ausgedrückt hat, geben den Richtern Anlass, den Gestzeswortlaut selbst wie eine *ratio decidendi* zu behandeln oder daraus neue, konkretere *rationes* zu entwickeln. Diese Entwicklung steuern die allfälligen (und gelegentlich nicht weniger pedantischen) Definitionskataloge. Soweit die Definitionen reichen, funktionieren sie gleichsam als unverrückbar vorgegebene *rationes.*[122]

Unter dem Einfluss des Rechts der EU und der britischen Menschenrechtsgesetzgebung (*Human Rights Act* 1998) hat in jüngster Zeit die teleologische Auslegung und der Analogieschluss vom Gesetz zum *common law* Eingang in das englische Recht gefunden.[123] Damit rücken Hintergrund und Zusammenhang eines Gesetzes in den Blick. Dementsprechend sind nach dem Grundsatzurteil *Pepper* v. *Hart*[124] auch Materialien zulässige Erkenntnisquellen, die Aufschluss über den Gesetzeszweck geben, etwa Beratungsprotokolle, Entwurfsbegründungen und Ähnliches.[125] Solange das Gericht in Übereinstimmung mit der bewährten Methode neue Sachlagen und gesellschaftliche Entwicklungen in einer prinzipiengeleiteten Weise aufnimmt, erfüllt es den stillschweigenden Auftrag des Gesetzgebers.[126]

---

des *common law* zueinander verhalten können, siehe *Burrows,* Relationship (Fn. 108), 236–240, und grundlegend schon *R. Pound,* Common Law and Legislation, Harvard LR 21 (1908), 383–407.

[122] Dies beschreibt *P. Sales (Sales LJ),* Modern Statutory Interpretation, Statute LR 38 (2017), 125–132, 128 so: „Statutes are legal instructions transmitted into an existing, highly developed framework of legal values and expectations. The existing law, modes of reasoning, and established localized value systems provide the interpretive context in which a statute is read. Upon receipt of a statutory text, lawyers and the judiciary seek to knit it into the fabric of the law. The statute may represent a radical departure from what has gone before, in which case the existing law still provides the context for assessing how radical Parliament intended the change to be.“ *Burrows,* Relationship (Fn. 108), 242, betont, dass „whatever one's view on the extent of the similarities or differences between common law and statutory interpretation, it is submitted that the rules of precedent do apply in the same way to statute-based common law as they do to pure common law“, so dass „one can strongly argue that using the common law to interpret a statute should be positively encouraged not merely because this enhances consistency between common law and statute but also because the common law has been carefully crafted and is likely to be both principled and practically workable“ (243). Rechtsvergleichend zur Entwicklung der Auslegungsmethoden in England *R. Zimmermann,* Statuta sunt stricte observanda? Statutes and the Common Law: a Continental Perspective, Cambridge LJ 56 (1997), 315–328, *passim,* insbesondere 326–328.

[123] *Beatson,* Statute (Fn. 113), 251 f., mit Beispielen unter IV (a), 252–256, und (e), 260–263; weitere Beispiele bei *Burrows,* Relationship (Fn. 108), unter 6., 248–258.

[124] [1993] AC 593 (HL); zur Entstehung *R. Buxton,* How the common law gets made: Hedley Byrne and other cautionary tales, LQR 125 (2009), 60–78, 68–73.

[125] *Sales,* Interpretation (Fn. 122), 128 f., und *Beatson,* Statute (Fn. 113), 312.

[126] *Burrows,* Relationship (Fn. 108), 246.

Beide Entwicklungen waren allerdings vor dem „Brexit"-Referendum im Jahr 2016 und noch mehr danach politischen Anfeindungen ausgesetzt. Die Beständigkeit dieser Auslegungsmethoden ist daher ungewiss. Die Wissenschaft hat sie in keiner der untersuchten Publikationen angewandt (was freilich auch mit den behandelten Rechtsgebieten zusammenhängen mag).

Auch das Fehlen einer zentralen Kodifikation hat die englische Rechtswissenschaft geprägt und das Entstehen einer Kommentarliteratur im obigen Sinne verlangsamt. Typischerweise stehen die einzelnen Teilgebiete eines Gesetzbuchs nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind in vielfältiger Weise miteinander verwoben. Die Rechtsprechung schreitet fallweise voran, aber nicht alle Fälle geben Anlass, über die Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Teilen des Gesetzbuchs nachzudenken. Diese Beziehungen geraten erst nach und nach in den Blick des Richters. Lücken im Gesetz werden ebenfalls erst im Laufe der Zeit erkennbar.

In der Zwischenzeit ist die Wissenschaft berufen, die tieferen Zusammenhänge innerhalb des Gesetzeswerks, aber auch die allfälligen Lücken, aufzudecken und der Rechtsprechung für künftige Fälle Orientierung zu geben. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an die umfangreiche Darstellung *von Tuhrs*[127] allein zum Allgemeinen Teil des gerade neuen und richterrechtlich noch unerschlossenen BGB, oder an die Erläuterungen zum neuen Gesetzbuch in der 8. Auflage von *Windscheids* Lehrbuch des Pandektenrechts.[128]

Im englischen Recht erheben sich diese Fragen zwar im Hinblick auf die Einzelgesetze. Diese sind jedoch selten aufeinander abgestimmt und legen je für sich wenig Wert auf inhaltliche Systematik. Eine gesetzesinterne Vielschichtigkeit wie im *Code civil* oder im BGB findet sich in den meist wenigen, langen und zerklüfteten Vorschriften nicht. Die führende Rolle der Gerichte und ihrer Rechtsprechung nach der hergebrachten Methode steht außer Frage, wenn es Reichweite, Lücken und Entwicklungsmöglichkeiten eines Gesetzes auszuloten gilt.[129]

Dieser Mangel an Systematik im englischen Recht hat tiefe Wurzeln. Während der ersten 800 Jahre seiner Entwicklung, d.h. vor der viktorianischen Ju-

[127] *A. v. Tuhr,* Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910–1918.

[128] *B. Windscheid/T. Kipp,* Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 1900–1901.

[129] *Burrows,* Relationship (Fn. 108), 247: „It is a myth to think that by passing a statute Parliament has positively decided that what would otherwise be a legitimate common law development should not be pursued. Parliament is most realistically regarded as having no view, let alone a negative view, on a common law development. If a gap has been left, that may have been by oversight, or it may have been felt that the courts could deal with any further development, or it may simply have represented the priorities as Parliament saw them at the time. A search for some sort of Parliamentary intention is misguided and the real question, which is for the courts to determine, is whether the proposed development would be inconsistent with the statute by undermining it or making it unworkable."

stizreform von 1873/75, bestimmte das System der *forms of action* den Zugang zu den Gerichten. Dazu erläutert *Maitland:*

„[T]he differences between the several forms of action have been of very great practical importance – 'a form of action' has implied a particular original process, a particular mesne [in modernem Englisch: main] process, a particular final process, a particular mode of pleading, of trial, of judgment. But further to a very considerable degree *the substantive law administered in a given form of action has grown up independently of the law administered in other forms.* Each procedural pigeon-hole contains its own rules of substantive law, and *it is with great caution that we may argue from what is found in one to what will probably be found in another,* each has its own precedents."[130]

Es gibt im englischen Recht deshalb kein *big picture,*[131] und einige sehen darin sogar seine Stärke.[132] Ein solches Gesamtbild, eine „Landkarte"[133] des englischen Rechts, zu zeichnen, war *Peter Birks'* Anliegen mit dem Werk „English Private Law".[134] Darin war die Einteilung von *Gaius'* Institutionen in Personen, Sachen und Klagen um eine Einleitung (zu den Rechtsquellen) und eine Unterteilung der *res* in *law of property* und *law of obligations* zu einer fünffachen Gliederung erweitert, mit einigen weiteren Untergliederungen und mit gelegentlichen *concessions to convenience* (z.B. die Behandlung der Eigentumsübertragung beim Kaufvertrag statt im Sachenrecht oder

[130] *F. W. Maitland,* Equity. Also: The Forms of Action at Common law. Two Courses of Lectures, hg. v. A. Chaytor und W. Whittaker, 1929, 298 (Hervorhebung nicht im Original). In jüngerer Zeit definierte *Diplock LJ* „cause of action" als „simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person"; auch die Aufhebung der forms of action „did not affect causes of action; so it was convenient for lawyers and legislators to continue to use, to describe the various categories of factual situations which entitle one person to obtain from the court a remedy against another, the names of the various 'forms of action' by which formerly the remedy appropriate to the particular category of factual situations was obtained": *Letang* v. *Cooper* [1965] 1 QB 232, 242 f.

[131] *P.S. Atiyah,* Common Law and Statute Law, Modern LR 48 (1985), 1–28, 1: „All lawyers, of course, know that large areas of both the common law and the statute law are a shambles, but is it one shambles or are there two?", aber großzügiger 3: „the law does indeed seem to be a seamless web, a huge network of interrelated rules of common law or case law, and of statute law" und 5: „the law is today an amalgam of common law and statute law of such an interdependent kind that it is often difficult to say whether a particular result is determined by the statute or by ordinary case law".

[132] *Tettenborn,* Codifying (Fn. 96), 290: „it is arguable that English contract and commercial law is intellectually stronger in so far as a judge can often go straight to the facts without the requirement to slot his reasoning in to over-arching theory of consent, breach of contract, exculpatory features, or whatever."

[133] Diese Metapher findet sich schon in Blackstones „Commentaries", siehe den Text in Fn. 10.

[134] *P. Birks,* English Private Law, 1. Aufl., 2000; jetzt in 3. Aufl., 2013 hg. v. A. Burrows. Zum akademischen Hintergrund und Umfeld der sogenanten *taxonomists* siehe *Flohr,* Richter (Fn. 83), 332–335.

der Bürgschaft zusammen mit den Realsicherheiten im Sachenrecht). *Birks'* Entwurf ist etwa bei dem Romanisten *Geoffrey Samuel* auf scharfe Kritik gestoßen.[135] Ganz abgesehen davon, dass die Einteilung von „English Private Law" als Vorschlag und nicht als Vorschrift gemeint war, ist es bedauerlich, dass *Samuel* seinerseits keinen Alternativentwurf wagt.

Eine andere Frage ist, wie weit er damit gekommen wäre. „English Private Law" stellt sich als eine umfangreiche und überaus nützliche Sammlung (nahezu 1400 Seiten) von 22 Kurzlehrbüchern in einem Band heraus, jeweils von führenden Vertretern ihres Fachs geschrieben. Eine äußerliche Verzahnung ergibt sich aus den beiden Überblickskapiteln zu „Property: General Principles" und „Contract: In General". Bei genauerem Hinsehen behandelt das erste dieser beiden Kapitel das Treuhand- (*trust*) und das Liegenschaftsrecht. Das zweite Kapitel zum Vertragsrecht kommt einer echten Einleitung zu allen folgenden Kapiteln dieses Teils immerhin näher,[136] aber auch in seinem Fall verweisen die einzelnen besonderen Kapitel weder auf das Überblickskapitel noch aufeinander.

Die Gründe dafür liegen nicht zuletzt in der Organisation des Lehrbetriebs an englischen juristischen Fakultäten. Selbst Zivilrechtswissenschaftler werden nicht zugleich Vertragsrecht, Bereicherungsrecht, Deliktsrecht, Fahrnisrecht und Liegenschaftsrecht in Forschung und Lehre abdecken, sondern allenfalls zwei oder drei aus diesem Katalog, oder auch weniger, wenn ein zivilrechtliches Nebengebiet hinzukommt, und erst recht wenn dieselbe Person zugleich öffentliches Recht oder Strafrecht unterrichtet.[137] Die oben erwähnte Tradition und Nachwirkung der *forms of action* hat dazu geführt, dass der einzelne Zivilrechtler sich nicht einmal (oder erst in zweiter Linie) so bezeichnet, sondern zuerst als *contract, tort, trust lawyer* etc. Zugleich fehlt ein wissenschaftlicher und administrativer Unterbau nahezu vollständig, was

[135] *G. Samuel,* English Private Law: Old and New Thinking in the Taxonomy Debate, Oxford Journal of Legal Studies 24 (2004), 335–362, 347, fasst seine Kritik so zusammen: „Birks is entitled of course to regard Gaius' institutional plan as a map, but there is a real danger that it might end up like the London tube map. It might be most useful and ingenious, yet bear little relationship to empirical reality", und 361: „Gaius remains of immense importance to the epistemology of law and Birks' view that the abandonment of this learning is to be much regretted deserves full support. What is to be regretted are single-minded and intellectually authoritarian projects that are backward-looking. The tradition of the common law has much to contribute to European legal knowledge in general in that it is able to offer a view of the Gaian structure that is very different from the one that came to impose itself on the minds of civilians. This common law view is one where *in rem* and *in personam* relations can intermix in ways that are inconceivable in the civil law."

[136] Autor ist *E. McKendrick;* inhaltlich bietet der Text eine kürzere Fassung seines oben betrachteten Beitrags zu Chitty.

[137] Dieses Bild ergibt sich etwa aus den Angaben zu den Forschungsgebieten der Mitglieder der juristischen Fakultät der Universität Oxford unter <www.law.ox.ac.uk/people/academic>.

eine Konzentration auf wenige Themen erzwingt: Der Einzelne ist während seiner gesamten Laufbahn gleichsam der Hausmeister seines eigenen Wissenschafts- und Lehrbetriebs.

Außerdem entwickelt sich eine Rechtsordnung insgesamt nicht gleichmäßig. Unterschiedliche Rechtsgebiete sind zu verschiedenen Zeiten und mit unterschiedlicher Häufigkeit Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten. Einige Rechtsgebiete mögen für einige Zeit keine Aufmerksamkeit erfahren, während andere sich zur selben Zeit rasch entwickeln. Die kontinentalen Kommentarwerke unterziehen alle Gebiete regelmäßig einer Sichtung, nämlich anlässlich jeder Neuauflage. Dies gilt sicherlich bei einem Bearbeiterwechsel, nicht zuletzt weil es üblicherweise der Ehrgeiz kontinentaler Rechtswissenschaftler ist, „etwas Neues" zu sagen, und sei es auch nur, das bearbeitete Gebiet eingängiger als bisher darzustellen. Auch wenn es keine Gesetzesänderungen oder neue Rechtsprechung gibt, so kommt es doch immer wieder zu neuem Nachdenken.

Im englischen Recht ziehen mangels Kodifikation nicht die dynamischeren Rechtsgebiete die „schläfrigen" mit. Wenn in einem Rechtsgebiet länger „nichts geschieht", dann gibt es auch umso weniger Anlass zu erneutem Nachdenken. Dies drückt sich nicht zuletzt in der Veröffentlichungspraxis der Zeitschriften aus: Aufsätze sollten möglichst „topical" sein, also durch eine neuere Entwicklung veranlasst.[138] Entsprechungen zu den deutschen „Archiv"-Zeitschriften mit ihren grundsätzlichen Abhandlungen gibt es nicht (mehr); selbst die älteste der größeren wissenschaftlichen Zeitschriften, die „Law Quarterly Review", war mit ihren Urteilsanmerkungen immer auch der Tagesaktualität verschrieben. All dies erklärt das Fehlen von Querverweisen, Überblicksdarstellungen und sonstigem systematischen Nachdenken in „Halsbury's Laws of England", in „Chitty on Contracts" und in den anderen oben betrachteten Werken.

VI. Die Juristenausbildung und die Entwicklung der juristischen Literatur in England

Die juristische Literatur im weiteren Sinne begann im Hochmittelalter mit den *year books,* einer bunten Mischung privater Notizen für den Lern- und Lehrgebrauch, bestehend aus Prozessformeln, Argumenten zu einzelnen Rechtsfällen, und Anekdoten um den Gerichtsbetrieb.[139] Drei Lehrbücher ragen aus dieser Zeit hervor: *Glanvill* aus dem 12., *Bracton* aus dem 13. und *Littleton* aus

[138] Dies ist eines der Kriterien, nach denen etwa das Oxford Journal of Legal Studies Manuskripte zur Veröffentlichung auswählt. (Der Autor ist einer der drei *articles editors* des OJLS.)

[139] Ausführlich *T. Ellis Lewis,* The History of Judicial Precedent (Teil 1), LQR 46 (1930), 207–224, 215–224.

dem 15. Jahrhundert. Von diesen gilt *Bracton* als der herausragende Autor, dessen Leistung erst *Blackstone* fünfhundert Jahre später übertraf.[140]

Die Berichterstattung über Urteile wurde ab der frühen Neuzeit systematischer und verlässlicher. Deshalb nahm auch das Gewicht des einzelnen Urteils als (Erkenntnis-)Quelle des Rechts zu. Typische Literaturform dieser Zeit war (und blieb bis in das 18. Jahrhundert) das *abridgement,* die alphabetisch nach Sachgesichtspunkten gegliederte und in den Einträgen typischerweise chronologisch geordnete Zusammenfassung von Urteilen (ein fernes Echo ist die äußere Gestalt von „Halsbury's Laws of England", siehe oben III.1.).

Mit der Aufklärung verstärkte sich das Bemühen, die ungeordnete Vielfalt der Rechtsprechung auf Grundsätze zurückzuführen und das Recht als geordnetes Ganzes zu verstehen, als System. Das herausragende Werk dieser Zeit sind *Blackstones* „Commentaries", die schon oben zur Sprache kamen. Daneben blieb eine hauptsächlich an den Bedürfnissen der Gerichtspraxis ausgerichtete unsystematische Literatur vorherrschend.

Blackstone war, wie gesehen, ab 1758 in Oxford der erste Hochschullehrer des englischen Rechts.[141] Erst ab dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts hatte Oxford eine juristische Fakultät. (Auch heute noch hat nur die Hälfte der neuzugelassenen *solicitors* und *barristers* überhaupt Rechtswissenschaft studiert;[142] die andere Hälfte hat nach dem Studium eines anderen Fachs den einjährigen *conversion course* besucht.[143]) Erst seit dieser Zeit schrieben

---

[140] Vgl. das bei *Dicey,* Blackstone (Fn. 2), 295 zitierte Diktum Maitlands; zu diesen und anderen früheren Lehrbüchern *Ellis Lewis,* Precedent (Fn. 139), 209–215.

[141] *Dicey,* Blackstone (Fn. 2), 301: „The idea that any man could learn English law at the University was to the English world a novelty, and, we may be sure, to the mass of English lawyers an absurd heresy."

[142] Für *solicitors* siehe *The Law Society,* Trends in the solicitors' profession Annual Statistics Report 2018 – August 2019, 30, online: <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/annual-statistics-report-2018>: „Although only a minority of law graduates go on to become solicitors, this pipeline has made up around half of those admitted to the profession in recent years"; für *barristers* sind die Zahlen des *Bar Standard Boards* nicht nach Studienfächern aufgeschlüsselt, siehe <https://www.barstandardsboard.org.uk/news-publications/research-and-statistics/bsb-research-reports/regular-research-publications.html>; die kommerzielle Stellenvermittlung TARGETjobs versichert Bewerbern aber, „[m]ost chambers have a balanced intake, recruiting roughly 50% each from law and non-law backgrounds", <https://targetjobs.co.uk/career-sectors/law-barristers/298550-how-to-become-a-barrister-without-a-law-degree>.

[143] So berichtet *Birks,* Academic (Fn. 76), 403 f., von „an attitude found chiefly among practitioners […] that legal education has no real importance, it is just something that lawyers have to go through, as a midshipman must stand before the mast. I vividly recall a conference for sixth-formers in which both the representative of the Bar and the representative of the Law Society made this the centre of their address: law school is a complete waste of time, we much prefer people who have read some other subject at university, you should avoid the law schools and aim to come into practice via the one-year conversion course, after doing something more worthwhile." *Birks* selbst urteilt (*loc. cit.*): „we are made the laughing stock of Europe by our

Professoren regelmäßig und in größeren Zahlen Lehrbücher zum englischen Recht.[144] Einige davon, etwa diejenigen *Pollocks*[145] und *Ansons*[146] zum bürgerlichen Recht oder *Diceys*[147] zum öffentlichen Recht oder zum Internationalen Privatrecht (siehe oben IV.2.), gewannen Ansehen und Einfluss,[148] an denen noch die gegenwärtigen Neubearbeitungen teilhaben.[149] Ab 1878 veröffentlichte das Law Quarterly Review längere und akademisch anspruchsvolle Aufsätze, darunter auch solche zum römischen Recht und zur Rechtsvergleichung. Der größte Teil der Literatur entstand bis in das 20. Jahrhundert aber nach wie vor außerhalb der Hochschulen.

---

one-year conversion courses for non-law graduates". Ganz anders dagegen *E. Roskill (Lord Roskill),* Law Lords, Reactionaries or Reformers?, Current Legal Problems 37 (1984), 247–258, 247: „I never had any academic training in the law and perhaps inevitably as a result for what is now over half a century either at the bar or on the bench I have sought to see the law evolve in pragmatic rather than in intellectually perfect terms."

[144] *Dicey,* Blackstone (Fn. 2), 303 f.: „Of law books for the guidance of practitioners there existed of course in 1850, as there will always exist, a large number of treatises marked by varying worth or worthlessness. Of text-books which should lay down for the guidance of intelligent readers the elementary principles governing each department of law there were few, or none of any eminent merit. […] The lack of good text-books probably resulted from the failure of our universities to take part in the teaching of law." Siehe zur Entwicklung auch *Flohr,* Richter (Fn. 83), 324–326.

[145] *F. Pollock,* Principles of Contract, 1. Aufl., London, 1876; *ders.,* The Law of Torts: A Treatise on the Pricinples of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law, 1. Aufl., London, 1886.

[146] *W.R. Anson,* Principles of the English Law of Contract and of Agency in Its Relation to Contract, 1. Aufl., Oxford, 1879.

[147] *A.V. Dicey,* Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1. Aufl., London, 1885, heute in: The Oxford Edition of Dicey, hg. v. J.W.F. Allison, Bd. 1: The Law of the Constitution, 2013.

[148] *Dicey,* Blackstone (Fn. 2), 306: „Professor Pollock's Principles of Contract solves problems, which have perplexed both students and learned lawyers, by the application thereto of ideas gathered both from foreign writers and from an elaborate study of English authorities. Anson's Law of Contract has supplied to the law students not only of the United Kingdom but also of the United States, one of the very best of legal manuals." Noch weiter geht *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 173, allerdings mit dem erklärten Ziel einer Neubewertung: „To put it at the lowest, it seems to me that these two academic giants [Pollock und Anson] are probably entitled to just as much of the credit for the creation of the general law of contract as all of the nineteenth century judges put together. The judges may have provided the bricks, but the design of the building was largely the work of the writers." Ebenso *Birks,* Academic (Fn. 76), 399: „contract has been dominated by Sir William Anson, Sir Frederick Pollock, Professor Geoffrey Cheshire, and, most recently, by Sir Guenter Treitel, without doubt the greatest authority on the subject in the entire world". (Wer trotz juristischer Bildung Treitels Namen noch nicht gehört hatte, mag sich trösten, dass er oder sie eben einer anderen Welt angehört.)

[149] Zum Beispiel *J. Beatson/A. Burrows/J. Cartwright,* Anson's Law of Contract, 30. Aufl., 2016.

Im Verlauf des 19. und im 20. Jahrhundert ließen Positivismus und Nationalismus die Rechtsprechung als Ausgangspunkt der Literatur stärker hervortreten. In die viktorianische Ära (1835–1901) fielen die größte Ausdehnung des britischen Weltreichs und die Blüte des Landes als weltgrößte Wirtschaftsmacht. Das Richterrecht als prägender Bestandteil der englischen Rechtsordnung sowie einige herausragende Richterpersönlichkeiten rückten in der englischen Selbstwahrnehmung in den Kreis der kulturellen Faktoren, auf die sich Großbritanniens weltweite Überlegenheit zu gründen schien. Nicht zuletzt deswegen kam der Verlag darauf, das neue Werk zu den *Laws of England* unter dem Namen eines pensionierten Lordkanzlers erscheinen zu lassen (siehe oben III.1.).

Als weitere Folge erschöpfte sich der größte Teil der Lehrbuchliteratur bis zum Ende des 20. Jahrhunderts und darüber hinaus im thematisch-chronologischen Nacherzählen von Fällen.[150] Einzelne bahnbrechende systematische Gesamtdarstellungen gibt es allerdings immer noch, etwa *Roy Goodes* „Commercial Law".[151] Die monographische Literatur erfuhr einen wesentlichen Anschub daraus, dass der Doktorgrad am Ende des 20. Jahrhunderts für eine Hochschullaufbahn zwar nicht verpflichtend, aber doch tatsächlich unverzichtbar wurde.

Noch beschleunigt hat sich diese Entwicklung durch die Veröffentlichungspflichten im Rahmen der *Research Assessment Exercise* (neuerdings *Research Excellence Framework*), die seit 1997 alle sieben Jahre landesweit die Forschungsergebnisse aller Hochschullehrer aller Rangstufen auswertet. Der Wettlauf um die Finanzmittel, die mit Spitzenbewertungen verbunden sind, hat aber auch zu einer Abwertung der Kerngebiete und jedenfalls der traditionellen Methoden ihrer wissenschaftlichen Bearbeitung geführt. Die höchsten Noten – „von internationalem Rang" und „international führend" – gehen oft an interdisziplinäre, „law and …"-Arbeiten, nicht an das zunehmend als provinziell belächelte „black letter law" der herkömmlichen Analyse des Fallrechts. Dieser Teil der wissenschaftlichen Literatur ist allerdings auch weniger hilfreich für die Richterschaft.[152]

---

[150] Dazu *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 7: „I have heard it said by a Professor of the Harvard Law School (not himself a lawyer) that the reason why there is no Nobel Prize for lawyers is that common lawyers have no respect for original thought. The system of precedent, urged this Professor, means that in a common law court you can destroy your opponent's arguments by showing that nobody has ever thought of them before. This is no doubt an exaggeration, but he definitely has a point."

[151] *R.M. Goode,* Commercial Law, 1982; jetzt *E. McKendrick,* Goode on Commercial Law, 5. Aufl., 2016. Dazu *Birks,* Academic (Fn. 76), 399: „no practitioner with a problem in general commercial law will deny that the first recourse is Professor Roy Goode".

[152] *Lord Rodger,* Judges (Fn. 81), 34. Einige besonders anschauliche Beispiele solcher Art Literatur aus der amerikanischen Rechtswissenschaft finden sich bei *R. Zimmermann,* Savigny's legacy: legal history, comparative law, and the emergence of a European legal

VII. Die Hochschule und der Einfluss der juristischen Literatur

Im Mittelpunkt des englischen Rechts steht wie gesehen das Richterrecht, und dieses Recht ist weitgehend ohne Beteiligung der Rechtslehre entstanden: „At least in theory, there is no academic input into the formulation of the common law: it is built up by the judges“[153] und umgekehrt: „it is largely because the case is authoritative that the writer is not“.[154] Bis zum Auftreten *Blackstones* und auch noch weitgehend während der folgenden einhundert Jahre studierten angehende englische Juristen nicht an der Universität (dort war nach der anglikanischen Reformation nur noch römisches Recht Unterrichtsgegenstand), sondern durch Gerichtsbesuche und unter der Anleitung bereits etablierter Praktiker.[155] Diese Umstände haben auch die Rechtsprechung geprägt, und diese Prägung hat wieder auf Wissenschaft und Ausbildung zurückgewirkt.

Wie sich oben schon gezeigt hatte, kommt es dem *common law* weniger auf Systematik oder begriffliche Geschlossenheit als darauf an, eine gerechte Lösung für den Einzelfall zu finden. Typisch dafür ist die Erklärung *Lord Halsburys* (des Namensgebers von „Halsbury's Laws of England“):[156]

> „Every judgment must be read as applicable to the particular facts proved [… A] case is only authority for what it actually decides.[[157]] I entirely deny that it can be quoted for a

---

science, LQR 112 (1996), 576–605, 583 f. (Fußnoten ausgelassen): „The law reviews are full of articles on new or different voices, on law and storytelling, on the unalienated relatedness immanent within our alienated situation, or on property law as a phallic metaphor. Young academics have to engage in the business of paradigm shifting in order to secure tenure. They often do not even aim at establishing an intellectual link with legal practice.“ Zur „[z]unehmende[n] Praxisferne der Rechtswissenschaft“ in England siehe *Flohr,* Richter (Fn. 83), 339–341. Wenn für Flohr „[u]nter den jüngeren Universitätsjuristen des Commonwealth […] derzeit eine regelrechte Aufbruchstimmung spürbar“ ist (342), dann mag sich dieser Eindruck im Fall der britischen Autoren zu einem guten Teil aus den vollmundigen Ansprüchen auf Originalität ergeben (und Publikationen, die dem gelegentlich auch gerecht werden), zu denen die Evaluationsinstrumente der *Research Assessment Exercise* bzw. des *Research Excellence Framework* geradezu zwingen.

[153] *Neuberger,* Jugdes (Fn. 77), 19 Rn. 37.

[154] *W.W. Buckland/A.D. McNair/F.H. Lawson,* Roman Law and Common Law, 2. Aufl., 1952, 11.

[155] *Holdsworth,* Blackstone (Fn. 3), 263, beschreibt Blackstones eigene Ausbildung so: „Blackstone combined with an accurate knowledge of English law, which he had learned from books and by attendance on the Courts, a knowledge of English history, political theory and Roman law, which he had learned at the University.“ Ausführlich zur Juristenausbildung vor Blackstone: *W.S. Holdsworth,* Educational System of the English Inns of Court, Canadian Law Times 41 (1921), 359–367 (Teil 1), 446–460 (Teil 2); *T. Plucknett,* The Place of the Legal Professions in the History of English Law, LQR 48 (1932), 328–340, 332.

[156] *Quinn* v. *Leathem* [1901] 1 AC 495 (HL) 506 (*Lord Halsbury LC*).

[157] Damit ist freilich nicht viel gesagt, wie *Lord Wright,* Study (Fn. 27), 193 hervorhebt: „A decision is only an authority for what it actually decides, and the same set of facts seldom repeat themselves. There is generally, though not always, enough differ-

proposition that may seem to follow logically from it. Such a mode of reasoning assumes that the law is necessarily a logical code, whereas every lawyer must acknowledge that the law is not always logical at all.“

Noch deutlicher urteilte in demselben Geist einige Jahre später *Lord Macmillan:*[158]

„Your Lordships' task in this House is to decide particular cases between litigants, and your Lordships are not called upon to rationalize the law of England. That attractive if perilous field may well be left to other hands to cultivate. It has been necessary in the present instance to examine certain general principles advanced on behalf of the appellant because it was said that consistency required that these principles should be applied to the case in hand. Arguments based on legal consistency are apt to mislead for the common law is a practical code adapted to deal with the manifold diversities of human life and as a great American judge [OW Holmes] has reminded us ‚the life of the law has not been logic; it has been experience.‘ For myself, I am content to say that in my opinion no authority has been quoted from case or text-book which would justify your Lordships, logically or otherwise, in giving effect to the appellant's plea.“

Diese vorantastende, instinktgeleitete Einstellung setzt sich bis in die Gegenwart fort. So heißt es etwa in einem strafrechtlichen Urteil, „in strict logic this view cannot be justified. But this is the view that has been adopted by the common law of England, which is founded on common sense and experience rather than strict logic“.[159] Von den begrifflichen Grundlagen des *common law* ist deshalb zurecht gesagt worden:[160]

„On the whole the generalisations which they represent are rather limited, being what the practitioners and judges seem to require at any given moment. Since the academic lawyer has had very little influence, there has been very little tendency to construct wider generalisations covering the narrower generalisations which are all that practice requires. One result of this intellectual lethargy, if such it was,[[161]] is that there are a tremendous number of loose ends. Considerable portions of the law can be arranged [...] only in alphabetical order.“

---

ence to justify a strong and liberal-minded judge, if he feels that justice so requires, to distinguish the case before him from the authority of the earlier cases cited as binding him.“

[158] *Read* v. *Lyons* [1947] AC 156 (HL), 175.

[159] *Director of Public Prosecutions* v. *Majewski* [1977] AC 443, 482 (*Lord Salmon*). Zu dieser Haltung, die sich auf die juristische Literatur übertragen hat, bemerkt *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 6: „Apart from the general contrast between theory and practice, or pragmatism, we find constant references in legal literature to the contrast between logic and experience, as well as references to the distinction between deductive or a priori thinking and inductive or empirical reasoning.“ Siehe auch *loc. cit.,* S. 7 (zitiert oben Fn. 150), und Atiyahs Hinweis S. 9 f. Fn. 19 auf *N. MacCormick,* Legal Reasoning and Legal Theory, 1978, 40: „By and large, English lawyers and writers have tended to think of it as almost a virtue to be illogical, and have ascribed that virtue freely to their law; ‘being logical' is an eccentric continental practice, in which commonsensical Englishmen indulge at their peril.“

[160] *Lawson,* Strength (Fn. 114), 78.

[161] *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 80 f., dagegen erklärt den „Pragmatismus“ des *common law* (im Unterschied zur *equity*) aus der Notwendigkeit, das Recht Geschworenen

Darin spiegelt sich wider, was sich schon oben bei der Darstellung der Rolle der *ratio decidendi* gezeigt hatte; es erklärt auch die Neigung bis in die Gegenwart, größere Werke alphabetisch statt nach sachlichen Gesichtspunkten zu unterteilen.

Diese Herangehensweise erschwert wiederum die Systematisierung des englischen Rechts durch die Rechtslehre, seine Rückführung auf Grundsätze. Sie hemmt damit auch eine Auseinandersetzung innerhalb der Rechtslehre. Die einzelnen Rechtsgelehrten sind gleichsam die Speichen eines Rades, die alle auf die Nabe der Rechtsprechung schauen: die Felge kommt nicht in den Blick, die sie alle miteinander verbindet.

Die Wissenschaftler hätten einander auch nicht viel zu sagen. In den Bereichen des englischen Rechts, die wie die oben diskutierten Rechtsfolgen der Leistungsstörung nur wenig durch Gesetzesrecht geprägt sind, müssen die Wissenschaftler wie alle anderen am Rechtsleben Beteiligten das Richterrecht in derselben Weise hinnehmen, wie sie sich auch mit einem Gesetz abfinden müssen. Sie können einem Präjudiz vorwerfen, es sei unzweckmäßig.[162] Eines Wissenschaftlers Vorstellung von rechtspolitischer Zweckmäßigkeit ist aber ebenso private Ansicht wie die jedes anderen. Alternativvorschläge mag ein jeder zu einem bestimmten Urteil unterbreiten. Auch dies ist aber nur von eingeschränktem Nutzen. Der Sachverhalt wird sich kaum einmal genau so wiederholen, und in jeder neuen Lage gilt es nach der hergebrachten Methode immer erneut zu fragen, ob sich die ausschlaggebenden Gründe vom letzten Mal, die *ratio(nes) decidendi,* auch dieses Mal im tatsächlichen Hintergrund des Rechtsstreits finden. Darüber lässt sich im Voraus nur abstrakt spekulieren, und damit ist in der konkreten Situation wenig gewonnen.

Der zentralen Stellung der Richter entspricht deshalb die untergeordnete Rolle der Rechtswissenschaft. Für Juristen gilt bis in die Gegenwart das Sprichwort „those who can, do; those who can't, teach".[163] Diese Geringschätzung schlägt sich bis heute in Einkommen und Ausstattung der Hoch-

---

(*juries*) und damit juristischen Laien verständlich zu machen: auch im Zivilrecht gab es bis in das 19. Jh. Geschworene; heute noch kommen sie gelegentlich in Prozessen um Schadenersatz wegen Rufschädigung (*defamation*) zum Einsatz.

[162] *S. Vogenauer,* An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 627–663, 655: „If, as in England, a judicial decision is part of the law of the land, legal scholars have to accept it like they have to accept a statute, and criticism can only be levelled at it from the perspective of legal policy", im deutlichen Gegensatz zur Tradition in Deutschland (658 f.).

[163] In diesem Sinne urteilte *Harold Laski* 1929 über die London School of Economics: „At present […] the whole system of teaching law here is thoroughly bad; the lack of any recognition for the barristers who become professors of law means that outside one or two posts like the Vinerian professorship [Blackstones Lehrstuhl in Oxford] the law teachers are a very inferior set of people who mainly teach because they cannot make a success of the bar"; zitiert nach *M. DeWolfe Howe* (Hg.), Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916–1935, 1953, Bd. 2, 1156.

schullehrer nieder.[164] Rechtsrat suchen Ministerien, Parlament, Behörden, Unternehmen, Verbände und Private dementsprechend nicht in Gutachten von Professoren, sondern in *opinions* von *Queen's Counsels,* d.h. bei erfahrenen und mit diesem Ehrentitel herausgehobenen *barristers.* Allein aus deren Kreis rekrutierte sich bis zu den Justizreformen des Jahres 2005 die Richterschaft,[165] und auch heute noch fast ausschließlich. „Seiteneinstiege" sind seitdem jedoch möglich, wie etwa die Berufung des Hochschullehrers *Andrew Burrows* (Oxford) an den Supreme Court im Jahr 2019 zeigt. Vom 19. bis zum letzten Viertel des 20. Jahrhunderts galt es sogar als ungebührlich, in Urteilen lebende Autoren zu zitieren. Tote Autoren waren zitierfähig, wenn sie als hinreichend *authoritative* galten. Sinn und Unsinn dieser Regel sind selbst für die Zeit ihrer vermeintlichen Geltung lebhaft umstritten, und heute ist sie vollständig überwunden.[166]

Einzelne Rechtsgebiete weichen freilich von diesem Muster ab. Seit den 1950er Jahren beschäftigten sich Hochschullehrer wie etwa *Robert Goff* (später als *Baron Goff of Chieveley* der *Senior Law Lord*) vermehrt mit dem Bereicherungsrecht.[167] Sie befreiten es aus seinem Schattendasein als ein Anhängsel des Vertragsrechts.[168] Nun galt es, ein ganzes Kernfach des *common law* zu entwickeln, für das es kaum brauchbare *precedents* gab. Mit der neuen Lehre konnten selbst diejenigen Richter nicht vertraut sein, die ihre juristische Ausbildung an der Universität erhalten hatten. In dieser Lage konnte die Wissenschaft einen bis dahin unerreichten Einfluss auf die Rechtsent-

---

[164] Ähnlich *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 35: „In England, judges and practitioners are so obviously persons of greater importance, higher status and more extensive responsibilities than academics that it is perhaps difficult to appreciate that things are not necessarily thus, and that indeed, such matters are often differently arranged even in other common law countries such as the United States."

[165] Zur Entstehung dieser Tradition *Plucknett,* Place (Fn. 155), 332–334.

[166] Siehe etwa *Lord Reid,* Judge (Fn. 79), 22: „In the House of Lords at least we turn a blind eye to the old rule that an academic writer is not an authority until he is dead, because then he can no longer change his mind"; *Lord Rodger,* Judges (Fn. 81), 30: „we have reached the stage where there is no remaining institutional bias against the use of academic materials in judgments. Whether judges actually choose to use them depends, in part, on individual preference but also, more importantly, on whether they find the available academic material useful for solving the issue before them"; ausführlich *A. Braun,* Burrying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts, American Journal of Comparative Law 58 (2010), 27–52; *Flohr,* Richter (Fn. 83), 326–328, 330–332, 336–338.

[167] *R. Goff/G. Jones,* The Law of Restitution, 1. Aufl., 1966, heute in 9. Aufl., 2016 als „Goff & Jones on the Law of Unjust Enrichment", bearbeitet von *C. Mitchell/P. Mitchell/S. Watterson.* In den 1980er Jahren kam hinzu *P. Birks,* An Introduction to the Law of Restitution, 1989, in den 1990ern *A. Burrows,* The Law of Restitution, 1993, und seitdem zahlreiche andere.

[168] Vgl. oben bei Fn. 27.

wicklung nehmen.[169] Noch ungewöhnlicher war und ist, dass dabei sogar Stimmen aus dem Nicht-*common law* Gehör finden, vor allem hinsichtlich des deutschen Bereicherungsrechts.[170]

Es mag allerding sein, dass das Bereicherungsrecht aufgrund seiner besonderen Ausgangslage die Ausnahme bleiben wird. In anderen Gebieten, allen voran in dem oben betrachteten Recht der Leistungsstörungen, hat die zentrale Stellung eines umfassenden und weit zurückreichenden Fallrechts das Entstehen einer Kommentarliteratur von der Art und dem Umfang erschwert, wie sie der deutschen Rechtsordnung bekannt ist.

VIII. Zusammenfassung

Die Wesenszüge des *common law* behindern insgesamt das Entstehen von Kommentaren im Sinne der Definition, von der diese Betrachtung des englischen Rechts ihren Ausgang nahm, verhindern es aber nicht vollständig. Aus denselben Gründen hat auch die Lehrbuchliteratur nur vereinzelt die filternde und systematisierende, vor allem aber die kritisierende und diskutierende Rolle übernommen, die in Deutschland dem Kommentar zugewachsen ist: „Academics are theorists, and the English legal system has an aversion to theory".[171]

Den Charakter des *common law* prägt insbesondere die Urteilsfindung anhand der *rationes decidendi,* die auf halbem Weg zwischen einer Verallgemeinerung der Tatsachen des jeweiligen Falls und einem abstrakten Rechtssatz stehen- (oder stecken-)bleiben. Sichten, Ordnen, Katalogisieren sind unter diesen Bedingungen nach wie vor die Hauptbeschäftigungen der englischen Literatur. Diese Abhängigkeit vom Fallrecht erweckt gelegentlich den Anschein, der Wissenschaft fehle der Mut, sich auf Felder zu begeben, auf denen ihr die Richter nicht vorangegangen sind. Selbst in den Flaggschiffen der juristischen Literatur, „Halsbury's Laws of England" und „Chitty on Contracts", finden sich jedenfalls in den Zentralbereichen des Vertragsrechts kaum mehr als Ansätze zu eigenem, unabhängigen Nachdenken.

In einigen anderen Gebieten zeigt sich allerdings eine größere Vielfalt, und Systemdenken und Originalität gelten zunehmend als erstrebenswert. In den nächsten Jahrzehnten wird sich erweisen müssen, ob das englische Recht nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union am 31. Januar 2020 bei der jüngeren, „kontinentalen" Tendenz zum Kommentar bleibt, oder ihr unter Betonung englischer Besonderheiten den Rücken kehrt. Während der gesamten E(W)G/EU-Mitgliedschaft Großbri-

[169] *Lord Rodger,* Judges (Fn. 81), 38.

[170] Siehe z.B. *R. Zimmermann,* Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, Oxford Journal of Legal Studies 15 (1995), 403–429.

[171] *Atiyah,* Pragmatism (Fn. 78), 42.

tanniens ist eine Ansicht wie diejenige *Lord Reids* nie verstummt, und nach den politischen Entwicklungen der letzten vier Jahre ist bei ihren zahlreichen Vertretern die Bereitschaft nur gestiegen, sie auszusprechen:[172]

„What we shall do if we are forced into the Common Market and have to deal with Continental legislation and decisions I just do not know. We shall have to learn a lot about not only European law but more important about the habits of mind of European lawyers, which I suspect are more theoretical and less practical than our own."

[172] *Lord Reid,* Judge (Fn. 79), 28.

Legal "Commentaries" in the United States

Division of Labor

Mathias Reimann[*]

I. Introduction: A Road Map

A "commentary", as the term is understood here, is a form of legal literature that addresses itself to a particular (quasi-)legislative text, such as a constitution, a code or a statute, on which it provides information, explanation, and opinion, at least roughly in order of the text's provisions.[1] In discussing

[*] Thanks to Virginia Neisler and Seth Quidachy-Swan of the University of Michigan Law Library for their efficient research support and helpful comments on an earlier draft, as well as to several faculty colleagues, especially Margaret Hannon, for their advice and input.

[1] Note that within the common law tradition, the term "commentary" is mainly associated with various foundational treatises written in the 18th and 19th centuries, especially *W. Blackstone,* Commentaries on the Laws of England, 4 vols., Oxford, 1765–1769, and its American counterpart, *J. Kent,* Commentaries on American Law, 4 vols., New York, 1826, both of which went through several editions; as well as with *Joseph Story's* "Commentaries" on about a dozen areas of American law, published between 1831 and 1845. A much

"commentaries" in the United States, we will take the German-style *Kommentar* as our reference point. This is not because that form of legal literature is intrinsically superior to others but simply because it is a particularly pronounced specimen of the legal literature focusing directly on the seriatim explication of statutory texts.

Before we can look for "commentaries" in the United States, we must first briefly survey what kinds of (quasi-)legislative texts exist there (I.). We will then explore which genres of American legal literature perform the function(s) of a German-style *Kommentar* – of which three can be emphasized: as a research tool, as an explanation of meaning, and as a critical evaluation. We will find that in the United States, these three functions are fulfilled by three different kinds of literature: "annotations" to constitutions and statutes; "comments" to uniform laws, model acts, and restatements; and "treatises" on particular fields of law (II.). This leads, finally, to the question of why there is essentially no, single and full, equivalent of a German-style *Kommentar* on statutory (and similar) texts in the US.[2] In large part, the answer lies in three deep-rooted, and closely interrelated, differences between the US and the German legal cultures – regarding the positions of statutory rules in the legal system, the fundamental conceptions of law, and prevalent habits of legal research and analysis (III.).

II. "Written Law" in the United States: A Brief Survey

Despite the orthodox classification of the United States as a common law country, it is widely recognized today that (quasi-) legislative texts play an enormous role. In Anglo-American parlance, such texts are often labeled "written law", as opposed to the common law enshrined in judicial decisions. In the United States, this "written law" comes in essentially three forms and exists on three levels. Readers sufficiently familiar with the US legal system are invited to skip this section.

---

earlier predecessor of sorts was *E. Coke,* Commentary upon Littleton, London, 1628 (also entitled "The First Part of the Institutes of the Laws of England").

[2] Commentaries on bodies of international rules, such as the UN-Charter, the Statute of the International Court of Justice or the Convention for the International Sale of Goods, are well-known in the United States, although they are, for the most part, authored by foreign scholars; see, e.g., *B. Simma et al.* (eds.), The Charter of the United Nations: A Commentary, 3rd edn., 2012; *A. Zimmermann,* The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, 2006; *I. Schwenzer* (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4th edn., 2016. I leave these commentaries aside here because they are the subject of separate contributions to this conference; see the chapters written by *Christian Djeffal* and *Ralf Michaels* on public international law (*Völkerrecht*) and transnational law (*Transnationales Recht*), respectively.

1. Three types of "written law": Constitutions, statutes, regulations

As in many countries, in the United States "written law" appears in essentially three forms: constitutions, legislation, and regulation. Since the origins of the Republic, a written constitution has been the foundation not only for the United States as a whole but also for each individual member state. Legislation has played a very important role from the country's beginnings as well; today, statutes cover by far most subjects at least in outline so that free-standing common law has become much the exception. Finally, the 20th century has seen an explosive growth of regulatory law produced by the executive branch. As we will see, "commentaries" address themselves mainly to legislation, sometimes to constitutions, but, as a general matter, not to regulations.

2. Three levels: Federal, state, local

Due to the pronounced federal structure of the US legal system, "written law" is generated on three levels. An increasing amount is the product of federal lawmaking, especially of congressional legislation and agency regulation, which apply throughout the country. The vast majority of "written rules", however, exists on the state level, i.e., in the form of state constitutions, statutes and administrative norms. Below that, municipalities also produce large amounts of rules, mainly in the form of city codes and ordinances addressing local concerns. "Commentaries" in one form or another exist for most federal and state law, but not for purely local matter.

3. Non-binding rules: Uniform Acts, Model Acts, Restatements

In addition, there are three important forms of "written rules" without (direct) legal force. First, there is a large body of Uniform Laws; they are essentially model statutes proffered to the various states for adoption. The most famous, as well as most successful, example of this genre is the Uniform Commercial Code. In addition, there is plethora of Model Acts which provide more general guidance for legislative projects; some, like the Model Penal Code have been highly influential. Finally, there are the Restatements of law. They consist of (unofficial) rules condensing the (case) law on various subject matter areas in quasi statutory fashion. Most of these non-binding rules have also been the subject of "commentaries".

III. Three Types of "Commentaries" – with Different Functions

It is a truism that in comparing aspects of different legal systems, it is important not to focus on labels but to identify those elements that perform the same (or at least a similar) function. Thus, if we are looking for US-American

equivalents of the German *Kommentare,* we must first define the purpose and utility of this genre.

Of course, broadly speaking, a German-style *Kommentar* is an aid for lawyers who have to work with statutory texts. More specifically, however, it has three main functions. First, it is a research tool providing information and references: it gathers, filters, and organizes data pertaining to the basic text, especially cases and scholarly literature. Second, it explains the various articles, e.g., by presenting the legislative history and by proffering cross-references to other articles or texts. Third, it contextualizes the provisions by linking them to broader legal doctrine, and it often provides critical evaluations and authority for certain positions, e.g., on the rules' proper application or the need for reform.

As mentioned, in the United States these three functions are by and large performed by three different kinds of literature, although there is some overlap between them. The function of a research tool is the domain of "annotations" to constitutions and statutes; much like a German-style *Kommentar,* they follow the text article-by-article (below 1.). The explanation of the text's meaning is primarily the purpose of "comments", especially to uniform laws, model acts, and Restatements; they also typically follow each provision (2.). Contextualization and critique, however, is mainly proffered by "treatises" (or "practice guides"); they are typically organized by topic and thus resemble a *Handbuch.*[3] Let us look at each of them in turn.

1. Research tool: "Annotations" to constitutions and statutes

"Annotations" exist with regard to many, but not all, types of written rules. We will look at annotations to constitutions (a), legislation (b), and uniform laws (c). In format, they resemble a German-style *Kommentar* but they perform only one of its main functions: that of a research tool.

---

[3] Another research tool are the two commonly used "encyclopedias", i.e., Corpus Juris Secundum (CJS, 1936–) and American Jurisprudence (1936–), now in its second edition (AmJur 2d). Both are currently published by Thompson Reuters (formerly West Publishing Company). They consist of circa 200 and 150 volumes respectively, and are continuously updated. They provide thousands of entries on various fields and questions of law and are organized in alphabetical order. In addition, there are the American Law Reports (ALR, 1919–), published by Westlaw. ALR is divided into several "series" and consists of hundreds of volumes. It contains longer, more in depth, essays discussing unsettled, emerging or changing legal topics in connection with leading cases. Using these research tools requires some training which law schools routinely provide for their students. These works are left aside here because they are not commentaries on bodies of written rules but rather collections of entries primarily aimed at digesting and explaining case law.

a) Constitutions

The main "commentary" on the constitutional level is "The Constitution of the United States: Analysis and Interpretation" (popularly known as the Constitution Annotated, CONAN). Notably, it is neither the work of scholars nor of a commercial publisher. Instead it is provided by the Congressional Research Service, a federal government office. Begun in 1913, it has been available for over a century. The printed version comes in a single volume. A new edition is published every ten years and updated through bi-annual supplements in the interim. Today, there is also an online ("digital update") edition which is publicly available at no cost.[4]

In size and heft, the work is comparable to the "Palandt" (the current edition contains approximately 3,000 pages) but the density of its print is much lower, and it eschews abbreviations. In layout and style it is more comparable to a volume of the "Münchener Kommentar" to the BGB. It comments on every article of the constitution, typically on every single clause, and often even on the particular terms used, in a straightforward and easily intelligible text which is then heavily footnoted.[5] The explanations focus overwhelmingly on the decisions of the US Supreme Court (the current volume deals with about 6,000 of these) but they occasionally also reference statutory provisions as well as treatises and law review articles.

All in all, this is a volume to which a continental European lawyer would want to turn first if he or she was seeking basic information on the interpretation of the US Constitution's provisions. Yet, among American lawyers, the Constitution Annotated is largely unknown, rarely used, and even more rarely cited.[6] Even for constitutional lawyers, it is neither a primary resource nor a routine reference.

There are no equivalent commentaries on state constitutions. Instead, the constitutions of the individual states are typically included, and then annotated, together with the rest of a state's "written", i.e., statutory, rules, as will be explained below.

---

[4] <https://www.govinfo.gov/collection/constitution-annotated>.

[5] It also contains (very useful) lists of all federal statutes, state laws, and ordinances held unconstitutional, of all state and local law held preempted by federal law, and of all Supreme Court decisions overruled by later decisions: Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation – Centennial Edition – Interim, 2017, 2325–2635.

[6] A search in the WestLaw and LEXIS databases generated fewer than 70 citations in court decisions – in over a century and in a database probably containing well over a million decisions. In other words, the Constitution Annotated is virtually ignored by the judiciary.

b) Statutes

On both the federal and the state level, there are comprehensive compilations containing the statutes in force. All of these statutes are annotated, mostly section by section. These annotations are unofficial, i.e., produced not by the legislature or other government bodies but rather by private enterprises, in particular by the two giant legal publishing companies, WestLaw,[7] and LEXIS.

Federal statutes are contained in the "United States Code" (USC). Despite its ambitious title, it is not an integrated codification like a continental European civil code but, similar to Justinian's *Codex,* an official collection of the country's general and permanent statutes,[8] produced and maintained by an office attached to the legislature.[9] The "United States Code" is a vast compilation, published in both printed form and online. In print, it consists of over 100 fat volumes (including many Supplements) filling almost 10 meters of shelf space. It is divided into 54 "Titles", each covering a certain area of law (e.g., Title 15: Commerce and Trade; Title 21: Food and Drugs; or Title 39: Postal Service). The Titles are organized roughly in alphabetical order and then subdivided into subtitles, chapter, subchapters, etc. Citations are to title and section (e.g., 15 USC §§ 1–38 for the Sherman Antitrust Act).

Both WestLaw and LEXIS publish and regularly update an annotated version, the "United States Code Annotated" (USCA) (WestLaw) and the "United States Code Service" (USCS) (LEXIS), respectively. Again both are available in print and online. Their annotations cover virtually every article of every statute and are mostly subdivided into specific topics. Leaving historical introductions aside, they provide mainly two kinds of information. One is a list of the most important court decisions; they are not only cited but also briefly summarized.[10] The other kind of information consists of references to further literature such as the standard Encyclopedias ("American Jurisprudence", AmJur, and the "Corpus Juris Secundum", CJS)[11], treatises, academic publications, and practice aids.[12] Both of these annotated versions of the

---

[7] WestLaw is now owned by Thompson Reuters Corp., a multi-national media and information firm.

[8] Statutes not covered are contained in the United States Statutes at Large.

[9] The Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives.

[10] Note that while in format, these summaries are similar to the case "maxims" often published in civil law countries, such as France and Italy, they are used very differently. A French or Italian (civil) lawyer will typically treat them as a rule supplementing legislative provisions and may invoke them without looking up the full decision. An American (common) lawyer will never use them as a substitute for reading the summarized case itself, only to decide which decisions he or she should look up.

[11] For both, see above, n. 3.

[12] There are separate publications covering the legislative history of United States laws, often used to research the background of, and legislative intent underlying, US statutes,

"United States Code" are huge. For example, the print edition of USCA consists of about 200 volumes claiming almost 15 meters of shelf space and totaling in excess of 100,000 pages (including numerous supplements). The online version is even more extensive. As a result, the sheer mass of information provided by these annotations even on a single article can be overwhelming.

In a similar vein, every state in the Union publishes a compilation of its statutory laws. These compilations are variously named, for example "Consolidated Laws" (of New York), (Michigan) "Compiled Laws", (Maryland) "Code", or (Florida) "Statutes". Their organization is usually similar to the United States Code though it can be somewhat more logically organized and integrated, as in the California Codes. They are cited by title, chapter or the like, and section (e.g. Michigan Compiled Laws [MCL] 206.1–713 for the state income tax law). Since lawmaking power in the United States rests mostly with the states, these compilations also tend to be extensive although their bulk varies considerably, mainly depending on the size and population of the respective state.

Again, both WestLaw and LEXIS provide annotated versions of these compilations, state by state (e.g., "Michigan Compiled Laws Annotated"). They follow roughly the same pattern and provide essentially the same kind of information as on the federal level, i.e., summaries of the relevant case law and citations to the literature on the respective topic. Note that the latter are not limited to writings dealing with the law of the particular state but also include texts proffering more general overviews. They also provide cross-references to federal law.

c) *Non-binding rules*

Since in the US legal system most lawmaking is left to the individual states, there is a constant threat of disharmony among state laws and a concomitant need for unification. In response, the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) was founded in 1892; today, it is generally known as the Uniform Law Commission (ULC). This organization has drafted about 300 uniform acts, sometimes in cooperation with the American Law Institute (ALI), covering a wide variety of subjects. These uniform laws have no legal force in and of themselves but acquire such force only upon adoption by a state. Some, like the Uniform Commercial Code (UCC), have been adopted almost ubiquitously, many by just a few states, a few by none.[13]

---

such as the Congressional Information Services (CIS) Index and the United States Code, Congressional and Administrative News (USSCAN).

[13] As a result, the degree to which they have unified state law varies enormously depending on the subject matter area.

As is true for federal and state statutes actually in force, these uniform laws have been "annotated". Since 1968, the West Group (now Thompson Reuters) has produced a series entitled "Uniform Laws Annotated" (ULA). It consists of about 70 volumes totaling over 50,000 pages,[14] and covers virtually all uniform acts that have been adopted, or are currently available for adoption, by states. In format and content, the Uniform Laws Annotated roughly parallel the annotations to the federal and state statutes (above at section 1.a and b). While there are some variations, they typically provide five major elements. First, a "Comment" explains the intended purpose of the statutory provisions, proceeding section by section, sometimes word by word. Second, "Action in Adopting States" shows which states have adopted the act with which modifications. Third, "Law Review and Journal References" list scholarly writings on the topic. Fourth, "Library References" provide citations to one of the major encyclopedias, the "Corpus Juris Secundum" (CJS), as well as the *key number(s)* through which pertinent case law from all jurisdictions can be located. Last, but certainly not least, "Notes of Decisions" contain brief summaries of the most important cases on point. All this information is periodically updated through supplements which are inserted at the back of each volume.

These "annotations" to federal, state, and uniform laws are enormously useful research tools. Whoever wants to know what has been decided under, or written about, a particular statutory provision, will be able to find it through the "annotations". Yet, that is *all* they do. With the (very limited) exception of the "comments" in the ULA, "annotations" do not explain the meaning of the respective provisions nor do they provide contextualization or dogmatization of the material, not to mention critical evaluation. In other words, they are merely gigantic, and technically sophisticated, storehouses of information without the ambition to make any contribution to the rationalization or development of the law.

2. Explanation of meaning: "Comments" on Uniform Laws, Model Acts, and Restatements

The explanation of (quasi-)statutory rules' meaning is the principal purpose of the "comments" attached to individual provisions. Yet, perhaps oddly, such "comments" are *not* provided for legislation in force. Instead, they attach only to non-binding sources.

a) Uniform Laws

When the NCCUSL/ULC publishes uniform laws, it endows them with official "comments" to each article, running from a few paragraphs to a few pages in

[14] Annotations to the Uniform Commercial Code alone occupy 16 volumes.

length. These comments usually explain the essence and purpose of the provision as well as its interaction with other articles (e.g., through cross references). In contrast to "annotations", they normally do not contain references to case law or literature. Thus, their utility as a research aid is very limited.

b) *Model Acts*

In addition to uniform laws, there is a large variety of Model Acts or Codes. Their primary purpose is not legal unification of state law but more general guidance for legislative projects, be it on the state or on the federal level. Many of them are also drafted by NCCUSL/ULC (such as Model Consumer Credit Code), some are the product of the American Law Institute (an important example is the Model Penal Code) or of various other professional organizations. They often come with "explanatory notes" which are very similar to the "comments" accompanying uniform laws.[15]

c) *Restatements of the Law*

Since its foundation in 1923, the American Law Institute (ALI) has produced Restatements of the Law. They cover only about 20, select, (traditionally common law) subject matter areas, many of which are of central importance, such as contracts, torts, property, and trusts. Most of these Restatements are now in their third generation (e.g., Restatement Third of Unjust Enrichment and Restitution, 2011). With their systematic structure, their individual provisions (commonly called "sections" and marked with a "§"), and their blackletter rules, they look much like a code in the civil law tradition. Yet, Restatements do not have any legal force, nor are they intended for adoption by legislatures. They merely provide guidance for courts and other decision makers, sometimes with a view to law reform.

Similar to uniform laws and model acts, each provision of a Restatement is accompanied by an official "comment" of varying length, often subdivided into several parts (designated a., b., c., etc.) They frequently seek to illustrate how a provision is supposed to work by presenting scenarios drawn from real or hypothetical cases. Each of these comments is followed by a brief "Reporter's Note" which cites the most important court decisions on which the respective provision is based.

The aim of all these "comments" (and "Reporter's notes") is merely to explain to the reader why the respective provisions' drafters re-stated the law the way they did. Again, that is pretty much *all* they do. They contain no references to the literature; their lists of cases (if any) are not comprehensive; and the information provided is not updated after the original publication. As

---

[15] There are also some annotated versions, such as the American Law Institute's Model Penal Code Annotated, 1984.

a result, they are virtually useless for further research. Nor do these "comments" typically provide critical perspectives or arguments for particular positions on current issues, although there are some exceptions to that rule.

3. *Contextualization and critique: Treatises (and practice guides)*

A researcher looking for a contextualization and critique of existing legislation, or for authority supporting a particular position on statutory issues, must look beyond "annotations" and "comments" to a genre that is commonly known as "treatises".

a) *Nature and purpose*

Treatises are books that comprehensively cover a field of law. In the United States, legal treatises became prominent in the 19th century and enjoyed great popularity through to the middle of the 20th century. It is true that since then, the American treatise tradition has lost much of its former glory, in large part because legal realism destroyed much of the belief in legal doctrine and in the overall coherence of the law.[16] Still, in many areas, treatises continue to play a significant role. While American lawyers today do not turn to legal treatises as routinely as their predecessors did a century ago, practitioners in certain field are usually familiar with the treatises covering it.

Today, treatises vary considerably in size (ranging from one to dozens of volumes), format, style, and reputation. Most of them deal with areas of federal or at least nationally uniform law, such as patent law,[17] copyright law[18] or the Uniform Commercial Code,[19] but sometimes they also focus on the law of one particular state.[20] Such treatises are primarily addressed to practitioners, i.e., the bench and bar, and some are actually labelled "practice guides".[21] Far too extensive and detailed for study purposes,[22] they are more comparable to a *Handbuch* than to a *Lehrbuch.*

---

[16] See *A. W.B. Simpson,* The Rise and Fall of the Treatise, University of Chicago LR 48 (1981), 632–679.

[17] *R. Goldman,* Schwartz' Patent Law and Practice, 8th edn., 2015.

[18] *M. Nimmer/D. Nimmer,* Nimmer on Copyright, 2013; *W. Patry,* Patry on Copyright, 2007.

[19] See, e.g., *J.J. White/R. Summers,* Uniform Commercial Code, 6th edn., 2010.

[20] See, e.g., *D. Siegel/P. Connors,* New York Practice, 6th edn., 2018, a "practitioner treatise" on civil procedure in the New York state courts.

[21] See, e.g., *A. Resnick/H. Sommer* (eds.), Collier Bankruptcy Practice Guide, 2013, (constantly updated). Thompson Reuters publishes a "Practitioner Treatise Series".

[22] Even single-volume treatises typically exceed 1,000 pages, and many come in multiple volumes. For study purposes, there is a plethora of literature presenting the various fields of law much more succinctly – as well as superficially.

Where the respective field is governed by legislation, a treatise will typically center on the respective statute(s), for example the Bankruptcy Code,[23] the securities laws,[24] or the Federal Rules of Civil Procedure.[25] In that case, the treatise resembles a *Kommentar* in substance. In form, however, it usually differs: most of the time, it does not "annotate", or "comment" on, the statute section by section; instead, most treatises are organized, again like a *Handbuch,* by topics and subdivided into chapters, subchapters, etc.

Such treatises perform essentially all three functions of a German-style *Kommentar.* First, like "annotations" to statutes, they collect information and references; yet, since they often do so far less exhaustively, they are not necessarily full substitutes for "annotations".[26] Second, like "comments" attached to uniform acts, model acts, and Restatements, treatises explain the meaning of statutory language; but since their interpretations are not "official", they are, again, not a full equivalent. Third, however, they often go beyond both these other genres and also provide a contextualization of the rules as well as critical perspectives and authority for particular positions.

b) *Contextualization and critique*

"Annotations" take the sources as they are – the statutory text as well as the case law and the scholarship pertaining to it, and "comments" simply explain what the respective provisions are supposed to mean. Treatises, however, contextualize the rules by connecting them to each other and to overarching themes and issues. They also critically evaluate the state of affairs: they review court decisions, point to open issues, call for clarification, suggest avenues of reform, etc. In summary, they truly "comment" on the respective rules from an outside perspective. As a result, their added value is that they typically provide a researcher with a coherent and nuanced understanding as well as a critical view of the law.[27]

In addition, treatises often take positions in ongoing debates, e.g., by siding with one group of courts or authors against another. They discuss conflicting viewpoints and proffer support for and against certain results. Thus, treatises can provide arguments both for positions asserted by litigants and for reasons given by courts.

---

[23] *W. Collier,* Collier on Bankruptcy, 16th edn., 2009 (constantly updated).

[24] *L. Loss/J. Seligman,* Fundamentals or Securities Regulation, 2 vols., 7th edn., 2018.

[25] See, e.g., *C.A. Wright/A. Miller/E. Cooper,* Federal Practice and Procedure, over 70 vols., 1969 (constantly updated).

[26] Treatises do, however, perform more of a filtering function than "annotations" which collect information in a largely unbridled fashion.

[27] Most criticism of existing law, however, is typically generated in law review articles. These articles are then often considered in, and their arguments perhaps integrated into, the respective treatises.

c) Authorship and competition

The arguments proffered by treatises can play a considerable role in practice. Their impact is the result to two features which distinguish treatises from “annotations” and “comments” but render them similar to a German-style *Kommentar:* clearly identified authorship and competition.

First, the authors of “annotations” are unknown; commercial enterprises employ a small army of lawyers performing the essentially clerical (but by no means simple) function of collecting and organizing information, and the members of that small army are anonymous. Thus, “annotations” claim no authority of their own; they are worth only as much as the sources they summarize and reference. In a similar vein, “comments” are published under the name of institutions. Since these institutions, especially the NCCUSL and the ALI, are highly reputable, and since their products are based on extensive discussions by experts, “comments” can carry a certain amount of authority. It is not, however, the authority of their authors; these authors are known only to insiders (or to those who care to look them up). By contrast, treatises are published under the name of individual writers. Typically, these writers are recognized experts in their respective fields. They frequently work in teams and often maintain a treatise over several generations, successively passing the leadership from older to younger scholars. The authority of the arguments presented in, and the position taken by, a treatise thus directly derives from name recognition. That recognition, in turn, is based on a reputation for expertise, integrity, and thus trustworthiness which is often built over decades. This is why even judges, who are typically wary of academic opinion, often take guidance from them.

Second, “annotations” and “comments” are not subject to the forces of competition. It is true, of course, that “annotations” to most federal and state laws are produced by the two big law publishing companies in the United States; but they compete only with regard to the format, efficiency, and accuracy of the information they provide – there is no competition in substance. “Comments” are entirely unique – on each topic, there is only one uniform law or restatement to which “comments” are attached. Treatises, by contrast, often do compete for audience and influence on substantive grounds. In many areas of law, there are several treatises – some larger, some smaller – written by different (groups of) authors. They may provide different arguments and take different positions. Putting them together can thus create a concert of voices on particular topics or issues, showing a variety of options with regard to interpretation and application.

4. Summary: Form and function

Comparing the US-American legal literature expounding “written law” to German-style *Kommentare* shows similarities and differences with regard to

both form and function. "Annotations" resemble German-style commentaries in form because they attach to each individual provision, but they perform only one of a *Kommentar's* functions, i.e., that of a reference tool for further research. "Comments" are similar in form as well, but their function is even more limited, i.e., to the drafters' explanation of the rules' intended meaning. Treatises, by contrast, typically do not share the format of a *Kommentar* but they are the closest equivalents in functional terms because they do it all: they provide select references to further sources, explain and rationalize the rules' meaning, and present a contextualized and critical discussion of the law.

IV. Why There Are no German-Style Commentaries in the US

The reason why there is no US-American genre constituting a full equivalent of a German-style *Kommentar* in terms of both form and function is in part simply historical. For most of American history, codifications and statutes comprehensively regulating a field of law were so few and far between that there was little opportunity to develop a tradition of commentaries.[28] To be sure, that opportunity did arise when "codes" and other comprehensive legislation became prominent around the middle of the 20th century. Yet, at that point, the commentaries' main functions were already performed by the existing forms of literature, i.e., "annotations", "comments", and treatises. This left little incentive to add commentaries to an already crowded literary scene.

Yet, the reasons for the lack of commentaries in the United States go deeper than that. They also lie in three – interrelated – features of the American legal culture that differ significantly from its continental European counterpart. For an American lawyer, "written rules" do not occupy as central a position in the legal system as for a German, French, or Italian jurist (1.). In addition, the American conception of law is considerably less rule-oriented than in continental Europe (2.). Last, but certainly not least, the American habits of legal research and analysis differ substantially from those prevailing in the civil law tradition (3.).[29]

---

[28] Interestingly, where such a codification (of sorts) had existed for a sufficiently long time, i.e., in the form of the US Constitution, a "commentary" did appear early on, see above, under III.1.a.

[29] It is tempting to add a fourth reason: that legal academics in the United States are simply less influential than in the civil law tradition so that they don't see much sense in writing commentaries. That argument strikes me as unconvincing for two reasons. First, it is far from clear that American law professors specializing in practically relevant fields are indeed less influential; after all, they frequently write treatises and thus often have a considerable impact on legal practice. Second, even if law professors are less influential in the US, it is not clear whether that is the reason for, or rather the effect of, the lack of full-fledged equivalents of German-style "commentaries".

1. The different position of "written rules"

Just like writing the Accursian gloss on the Digest illustrated the centrality of that text for the medieval legal universe, so writing commentaries on modern codes or statutes is predicated on the assumption that these texts are the centerpieces of the contemporary legal order. For a German, Austrian, or Swiss jurist, they provide not only the fundamental rules governing an area of law but also reflect its structure and underlying policies. For someone steeped in a tradition that centers on statutory enactments, it makes obvious sense to organize legal knowledge and argument around legislative texts, i.e., by commenting on codes and statutes in the order of their provisions.

For an American lawyer, codes and comprehensive statutes do not occupy the same central position. The difference is not so much a matter of practical relevance – practically speaking, statutes in the United States are as important as in the civil law orbit.[30] The difference is rather a matter of the organizational status accorded to statutory enactments. In that regard, American lawyers are still heirs to the common law tradition which has not been organized around codes and statutes. Thus, in an Anglo-American environment it does *not* come naturally at all to cluster legal knowledge primarily around legislative texts.[31] Accordingly, the only pervasive organizing mechanism in US law, i.e., the (West) Key Number System, concerns itself with case law, rather than legislation.[32]

---

[30] But see above, II.

[31] By contrast, putting together a casebook comes more naturally to an American law teacher than to his or her European colleague.

[32] The West Key Number System is a comprehensive classification scheme for points of law in court opinions. It was invented in the late 19th century to facilitate case law research. It consists of a grid of legal categories and (hundreds of) subcategories each of which is marked by a "key number". Every legal point in a case is assigned its proper place under the respective number. Once a researcher has identified the key number of an issue in a case, he or she can then look under that number to find other cases dealing with the same issue. In that manner, the totality of decisions made in reported cases is cross-referenced in an all-encompassing grid. Assume a researcher wants to know whether courts have held multiple tortfeasors liable if it could not be determined exactly which wrongdoer caused the victim's harm (see § 830 (1) sent. 2 BGB). Most American lawyers will know (from their law school days) the seminal California Supreme Court case of *Summers* v. *Tice* (199 P.2d 1, Cal. 1948). Looking up that case shows that the issue is assigned to the system's chapter 115 ("Damages"), section IX ("Evidence"), key number 163 ("Presumptions and Burden of Proof"), subsection (1) ("Necessity of proof as to damages in general"). Under these coordinates (i.e., 115.163 (1)), all other cases addressing the issue can now easily be found; if their number is too large (currently 86), the search can be narrowed to a certain jurisdiction (federal, state) or in other ways. In addition, identifying relevant cases within this grid is facilitated by special research tools (so-called digests) which provide short case summaries under the respective key number. – The whole idea is so brilliant, and after

2. Two conceptions of law

For a civil lawyer, the law is basically a set of (hopefully logically organized and integrated) positive rules. These rules are primarily legislative: statutes have, at least since the rise of modern codification and mass legislation, essentially been *the law.*[33] To be sure, there are other sources of enormous practical importance, especially judicial decisions (and sometimes academic commentary). Yet, even though these other sources often determine outcomes, they are essentially additions to the statutory apparatus, namely rule-interpretations, gap-fillers, or (second-best) rules in areas not (yet) regulated by legislation. This primary identification of law with "written rules" is both illustrated and perpetuated by continental legal education with its heavy emphasis on learning the rules, codes, and statutes.[34] In a professional culture identifying the "law" primarily with rules in statutory form, a Germany-style *Kommentar* is superbly useful, because it is an operator's manual for legislative texts.

For an American lawyer, statutory rules are not "the law". Their great practical importance notwithstanding, they are merely one element of the law, not its essence. This is so for two – mainly historical – reasons. The first is that even in 21st century America, the common law tradition still casts a long shadow: for a common lawyer, naked rules enshrined in statutes mean little until they have been clothed by courts through interpretation and application; and their judicial interpretation is always deeply embedded in the circumstances of the case, including its facts, procedural posture, and (express or implied) policy considerations. The second reason is the impact of American (early and mid-twentieth century) legal realism which added a heavy dose of "rule skepticism": for a post-realist American lawyer, abstract provisions are essentially "paper rules" that cannot be trusted – they indicate, but do not reliably determine, what happens in practice.[35] That depends on a multitude of factors situated beyond, and possibly more important than, the written text. Ultimately, the *real law* is the "law in action", revealed in how judges actually decide disputes.[36] Thus, as a result of both common law tradition and legal realism, an American lawyer is less interested in the statutory rule itself than

---

some practice, the use of the system is so easy, that one must wonder why other legal systems with proliferating case law have not long since copied it.

[33] Since the 20th century, that has been increasingly true for constitutions as well.

[34] Of course, students must also absorb "case law" to varying degrees; still, in most civil law countries' examination regimes, misunderstanding a case can be forgivable, getting a statute wrong is not.

[35] "Within the law, I say, therefore, rules *guide,* but they do not *control* decision": *K. Llewellyn,* The Bramble Bush, 1930, 150.

[36] In Holmes' famous phrase, the law is "what the courts do in fact", *O. W. Holmes,* The Path of the Law, in *idem,* Collected Legal Papers, 1920, 167–202, 173. A generation later, Karl Llwellyn phrased the same idea more broadly: "What … officials do about disputes is … the law itself": *Llewellyn,* The Bramble Bush (n. 35), 3.

in the case law that it generates. This focus is also reflected in, and perpetuated by, the mode of legal education: students in US law schools learn the law – including statutes – primarily through (appellate) decisions.[37] In a legal culture that does not look for "the law" primarily in rule books but mainly in the practice of courts, a comprehensive operator's manual for blackletter provisions is not all that important – the reference tools provided by "annotations" are quite sufficient.

3. *The habits of legal research and analysis*

The respective positions accorded to written rules and the different conceptions of law are strongly correlated with divergent habits and styles of legal research and analysis. A concise description of these habits and styles must greatly generalize, of course, and thus oversimplify. In practice, much depends on the field of law, the kind of problem, the situation in which it arises, the professional role of the actor, and the needs of his or her audience. Still, at bottom, lawyers on both sides of the Atlantic tend to approach legal analysis from almost opposite ends.[38]

A continental European lawyer confronted with a legal question will immediately look for legal rules that may apply. In doing so, he or she will, almost instinctively, first turn to statutory provisions. Once they are identified, the lawyer will then explore how these provisions have been interpreted by courts and scholars. From that, he or she will seek to deduce the solution of the issue. If no blackletter rules can be found, the lawyer will try to locate other authority, especially pertinent court decisions. A German-style *Kommentar* is geared exactly towards this kind of analysis. Following the statutory text, explaining its structure, and cross-referencing its provisions, it greatly helps the lawyer to identify the applicable statutory rules and to ensure that nothing gets overlooked. Describing how these rules have been interpreted by courts and scholars, it then enables the lawyer to understand how they may apply to the problem presented. And revealing where and how gaps have been filled by other authority, it leads the researcher to the second-order rules that may resolve the issue in the absence of pertinent statutory provisions.

---

[37] Even where students have to deal with statutory rules, at least in the formative first-year courses, these rules are not at center stage, and they are not studied in the abstract. In an examination, getting the statute wrong may be forgivable, misunderstanding a leading case is not.

[38] A caveat is in order here. Lawyers on both sides of the Atlantic may, if they are unfamiliar with the field in which the problem arises, initially turn to the literature that provides a general overview, i.e., a treatise, *Handbuch,* or in the United States an encyclopedia (above, n. 3). It is fair to say, however, that while continental European lawyers are typically quite interested in some overall orientation, their American colleagues usually do not find it very important to understand the broader context of an issue, see *M. Reimann,* European Advantages in Global Lawyering, RabelsZ 82 (2018), 885–921, 897–899.

An American lawyer will typically take a different approach. To be sure, in very simple cases, i.e., when he or she expects that there may be a clear rule answering the question (e.g., whether it is legal to carry a firearm in a school zone), he or she may also first look for that rule. Yet, if the problem requires any further research, he or she will first try to find a case that deals with the same, or at least a closely related, problem. If such a case can be identified, the lawyer will use the Key Number System to locate more cases (perhaps even from other jurisdictions) in order to get a fuller picture of how the courts have dealt with the issue.[39] It will be through these cases that the lawyer will also come across any pertinent statutory provisions. He or she can then look at these provisions and, using "annotations", locate further authority dealing with the problem at hand. In other words, the American lawyer will typically *not* find the cases through the statute but, more often than not, the statute through the cases. A German-style *Kommentar* does not fit such an approach at all. Using it requires an analysis beginning from the legislative text, and even in the "age of statutes",[40] that is not what American lawyers typically do.[41]

V. In Conclusion: Are German-Style Commentaries "Missing"?

A lawyer used to German-style commentaries will greatly miss them in the United States. Dealing with constitutional or statutory texts is routine in American law, and this usually creates a need for an explanation of what the various provisions are supposed to mean, how they have been interpreted and applied, and what arguments exist for or against one view versus another. Thus, commentaries providing that help strike a lawyer familiar with them as extremely useful. If they don't exist, something is badly amiss.

---

[39] On the Key Number System see above, n. 32.

[40] This has become a common phrase since *G. Calabresi,* A Common Law for the Age of Statutes, 1982.

[41] Especially in fields in which statutory or regulatory rules are very detailed and thus of overwhelming importance, like tax or certain areas of administrative law, even US lawyers will often begin their research and analysis directly with the statute. In addition, Americans specializing in international law often work much like a civil law jurist. In this area, there are many civil law-style codifications of the essential rules, and specialists in the respective fields are intimately familiar with them, such as the UN Charter, the Vienna Convention on the Law of Treaties or the Convention for the International Sale of Goods (CISG). As a result, even American international lawyers tend to look first at these (quasi-statutory) texts, and when they seek further information, quickly turn to commentaries. These commentaries typically follow the German model – in fact, in many important instances, they are written or edited by German scholars, see above, n. 2.

Interestingly, when I show, and explain the functions of, a German-style *Kommentar* to my American colleagues, they invariably also consider it a splendid idea – for the very same reasons. When I then ask them why such (full-fledged) commentaries do not exist in their country, they either admit that they don't have an answer or they point to the limited function of statutes and the great importance of case law. Yet, that explanation holds no water: constitutions and statutes are of huge importance in the United States today, and commentaries, like "annotations", lead the researcher to the very cases that he or she is looking for.

There are two much better answers why American lawyers do not "miss" (German-style) commentaries. One is that, as mentioned, the various functions of such commentaries are already being fulfilled by the existing literature – just not all under the same roof or at least, in the case of treatises, usually not in the same format (i.e., article by article). The other answer is that American lawyers simply don't know what they are missing.

Der Zugang zu kolonialem Recht

Rechtsliteratur und Kommentare in Kanada

Helge Dedek

I. Einleitung: Koloniales Erbe und juristische Literatur

1. „Kommentare“ in Kanada

In der juristischen Literatur des heutigen Kanadas kommt dem Genre des „Kommentars“, in dem engeren Sinne einer textnahen Erläuterung autoritativer Texte, nicht die Bedeutung zu, die dieser literarischen Form insbesondere in Deutschland beigemessen wird. Zwar orientieren sich sogenannte „annotierte“ Ausgaben von Statuten (und, in Quebec, *codes*) in der Darstellung an der Sequenz von Gesetzestexten; solche annotierten Ausgaben sind für alle Bereiche geschriebenen Gesetzesrechts erhältlich, sei es im Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht, oder im Bank- und Insolvenzrecht. Sie erschöpfen sich jedoch zumeist in schlichten Verweisen auf als einschlägig betrachtete Rechtsprechung und – mitunter – auf weiterführende Literatur. Bisweilen enthalten derartige Annotationspublikationen eigenständige Erläuterungen, die ansatzweise Kurzkommentaren der deutschen Rechtsliteratur ähneln, beispielsweise die Quebecer „Commentaires sur le droit des assurance: Tex-

tes législatifs et reglementaires“[1] oder die Loseblattsammlung „Martin’s Criminal Code“[2] zum bundesrechtlichen Strafgesetzbuch. Solche längeren Erläuterungen sind jedoch die Ausnahme; gänzlich unbekannt ist die Gattung des „Großkommentars“, bei der einzelne Vorschriften Anlass zu detaillierten Ausführungen, oft durch Universitätsjuristen und mit durchaus wissenschaftlichem Anspruch, geben.[3]

Es liegt nahe, diesen Befund mit einem schlichten Hinweis auf die Wurzeln der kanadischen Mischrechtsordnung im englischen *common law* einerseits und im französischen Zivilrecht andererseits zu erklären. Weder in England noch in Frankreich – und dies trotz des großen Gewichts, der der Kodifizierung in der französischen Rechtskultur beigemessen wird – hat Kommentarliteratur im engeren Sinne bekanntlich eine Bedeutung erlangt, die der des Genres im deutschsprachigen Raum gleichkäme.[4]

Eine solche Erklärung ist insoweit zutreffend, als die koloniale Vergangenheit die kanadische Rechtskultur und Rechtsrealität in der Tat bis heute prägt. Jenseits dieser offenkundigen Einsicht gibt das Thema jedoch die Gelegenheit, anhand einer – notwendig kursorischen – Überschau, die sich auf bestimmte Literaturformen beschränkt, die besonderen Eigenarten eines kolonial implantierten Rechtsregimes aufzuzeigen, das Strukturen teils aus dem Nichts[5] schaffen, teils existierende[6] Strukturen integrieren und akkommodieren muss.

Wie wir sehen werden, wird die Entwicklung durch die Herausforderungen des kolonialen Kontexts geprägt, der vor allem durch Unklarheit über Rechtsgeltung in rechtspluralen Konstellationen, Rechtszersplitterung und zudem durch die generelle Schwierigkeit des Zugangs zu primären wie sekundären Rechtstexten überhaupt gekennzeichnet ist. Diese Aspekte spielen vor allem im 19. Jahrhundert in dem Gebiet des heutigen Quebec eine entscheidende Rolle, wo sich eine französischstämmige Rechtstradition von

---

[1] *S. Lanctôt/P.A. Melançon,* Commentaires sur le droit des assurances: Textes législatifs et reglementaires, 3. Aufl., 2017.

[2] Martin’s Criminal Code, with annotations by E.L. Greenspan, M. Rosenberg, M. Henein, 1990 ff.

[3] Siehe dazu unten V. und in diesem Band den Beitrag von *N. Jansen,* Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs: Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in diesem Band, 25–44.

[4] Vgl. dazu die Beiträge in diesem Band von *J.-S. Borghetti,* Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?, 45–60 und *Stefan Enchelmaier,* Juristische Kommentare in England: False Friends – or Mates?, 227–276.

[5] Die Formulierung orientiert sich schlicht an der Realität der Siedlerkolonien, die ihre Rechtsordnung importierten und bewusst nicht auf indigene Strukturen zurückgriffen; sie soll nicht etwa andeuten, dass, etwa im Geiste der Doktrin der *terra nullius,* überhaupt keine präexistierenden Rechtsstrukturen vorzufinden gewesen wären.

[6] Zum Umgang der britischen Kolonialherren mit dem französischstämmigen Recht im heutigen Quebec nach der Zession Canadas sogleich unten I.2.

ihrem Mutterland abgeschnitten und zugleich innerhalb eines *common-law*-Umfeldes weitestgehend isoliert fand.

Dieser koloniale Kontext bringt eigene, auf Übersicht, Zusammenfassung und Zugänglichmachung von Recht abzielende Literaturen hervor und ist unter anderem auch maßgeblich für das Verständnis zweier wichtiger Kodifikationsprojekte: der Kodifikation des französischstämmigen Privatrechts im *Code civil du Bas-Canada* von 1866 und der Kodifikation des englischstämmigen Strafrechts im bundesrechtlichen *Criminal Code* von 1892, einer der ältesten Strafrechtskodifikationen im Rechtskreis des *common law.*[7] Beide Kodifikationen werden dann ihrerseits wiederum Kristallisationspunkt textnaher Literaturformen.

Die kanadische Rechtskultur in ihrer besonderen Tradition der Erhaltung, Separierung, aber auch Vermischung und Hybridisierung von *common law* und Zivilrecht ist weit mehr als nur ein schlichtes Abbild der Rechte der kolonialen Mutterländer. Die kanadische Rechtsgeschichte ist ihren ganz eigenen, gewundenen Weg gegangen. Eine in den historischen Kontext eingebettete, stichprobenartige Analyse der Produktion juristischer Texte[8] mag einige Aspekte dieser kulturellen Eigenart illustrieren.

2. Ursprünge des kanadischen bijuralism

Beginnen wir daher mit den Ursprüngen der eigentümlichen kanadischen Mischrechtsordnung – und mit einer historischen Episode, in der ausgerechnet ein „Kommentar“ eine nicht unbedeutende Rolle zu spielen hatte. Am 22. Juni 1774 erteilte König George III. dem sogenannten *Quebec Act* seinen *Royal Assent.* Dieser „Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America“, wie der offizielle Titel der Gesetzgebung lautete,[9] sollte weitreichende Folgen haben. So trug er etwa dazu bei, die Unzufriedenheit mit der Politik des englischen Mutterlandes in den Dreizehn Kolonien weiter zu schüren,[10] die sich in der Amerikanischen Revolution Bahn brach. Als (rechts-)geschichtsträchtig erwies er sich vor allem für das heutige Kanada: Das Gesetz markiert den Ausgangspunkt jener Dualität, die noch heute die kanadische Rechtsordnung prägt, in der *common law* und Zivilrecht französischen Ursprungs miteinander koexistieren.

---

[7] Älter ist nur der *Indian Penal Code,* in Kraft getreten 1862.

[8] Zum Potential des Ansatzes aus rechtshistorischer Sicht etwa *M.H. Hoeflich,* Legal History and the History of the Book: Variations on a Theme, University of Kansas LR 46 (1998), 415–432.

[9] 14 George III, c. 83 (= 83. Gesetz in der 14. Parlamentssitzung unter George III.).

[10] Siehe etwa *V.P. Creviston,* „No King Unless It Be A Constitutional King“: Rethinking the Place of the Quebec Act in the Coming of the American Revolution, The Historian 73 (2011), 463–479.

Bevor jene zunächst „Canada“ bezeichneten und nun in „Quebec“ umbenannten französischen Besitzungen in Nordamerika nach dem Siebenjährigen Krieg mit dem Frieden von Paris 1763 an Großbritannien fielen, war dort französischer Rechtsbrauch gepflogen worden, vor allem entsprechend der *Coutume* von Paris unter Rückgriff auf römisch-kanonisches *ius commune.*[11] Der Übergang in die britische Kolonialherrschaft war zunächst von der Hoffnung kultureller Assimilation getragen und ging auch einher mit dem Versuch einer Anglisierung des Justizsystems, wobei aber der formelle Status des materiellen französischstämmigen Rechts unklar blieb und die neu geschaffenen Gerichte englischen Typs schon bald auf das zuvor geltende Recht zurückgriffen. Im *Quebec Act* von 1774 wurde nun auch offiziell klargestellt:[12] „His Majesty’s Canadian Subjects within the Province of Quebec“ wurde das Recht eingeräumt, zivilrechtliche Dispute – „all Matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights“ – nach den „Laws and Customs of Canada“, mithin nach französischem Recht und Rechtsbrauch zu entscheiden.

Der *Quebec Act* sollte die Loyalität der frankophonen und katholischen Siedlergesellschaft sichern und ist als ein Musterbeispiel der britischen imperialen Herrschaftstechnik beschrieben worden, zur Schaffung ressourceneffizienter Administrationsstrukturen strategische Allianzen mit lokalen Eliten zu suchen.[13] Im Falle Quebecs waren dies vor allem die Großgrundbesitzer, die „seigneurs“, deren feudaler Status in dem alten Rechtsbrauch verankert gewesen war,[14] und die nun gezielt in die politische Führung kooptiert werden sollten. Neben der Öffnung des Zugangs zu öffentlichen Ämtern für Katholiken (und einer entsprechende Modifikation des zu leistenden Treueeides) war die ausdrückliche Wiedereinführung des französischen Rechts für Fragen des Privateigentums und der feudalen Grundordnung eine bedeutende Konzession, um die sich die einflussreiche Oberschicht Quebecs seit der Kapitulation der französischen Truppen eifrig, jedoch zunächst erfolglos bemüht hatte.[15]

---

[11] Zur Einführung: *J.E.C. Brierley/R.A. MacDonald,* Quebec Civil Law, An Introduction to Quebec Private Law, 1993, 6 ff. Zu der Vorgeschichte siehe *Y. Zoltvany,* Esquisse de la Coutume de Paris, Revue d’histoire de l’Amérique française 25 (1971), 365–384; *J.A. Dickinson,* New France: Law, Courts, and the Coutume de Paris, 1608–1760, Manitoba LJ 23 (1995), 32–54.

[12] Vgl. zu diesem Prozess ausführlich die Monographie von *P. Lawson,* The Imperial Challenge: Quebec and Britain in the Age of the American Revolution, 2014, insbes. S. 108–146; siehe auch *M. Morin,* Les revendications des nouveaux sujets, francophones et catholiques, de la Province de Québec, 1764–1774, in: G.B. Baker/D. Fyson (Hg.), Essays in the History of Canadian Law, Bd. 11: Quebec and the Canadas, 2013, 131–156.

[13] *P. Girard/J. Phillips/R.B. Brown,* The History of Law in Canada, Bd. 1: Beginnings to 1866, 2018, 221.

[14] Zum Seigneuralsystem noch stets *M. Trudel,* The seigneurial regime, 1971.

[15] Siehe dazu *Morin,* Revendications des nouveaux sujets (Fn. 12).

Der nun im *Quebec Act* implementierte Kompromiss legte den Grundstein für das heutige kanadische – in der offiziellen kanadischen Sprachregelung als „bijuralism“ und „bijuridisme“[16] bezeichnete – System, das die Zivilrechtstradition Quebecs bundesrechtlich anerkennt sowie institutionell absichert.[17] In der Provinz Quebec findet sich auf dieser Basis eine eigentümliche Mischung[18] von zivilrechtlicher und *common-law*-Tradition, wobei letztere die Basis aller öffentlich-rechtlichen Rechtsmaterien bildet.

Was nun war der Beitrag eines Kommentars zu dieser Entwicklung? *Blackstones* „Commentaries“, die die disparate Vielfalt des *common law* unvergleichlich portabel aufsummierten und daher in britischen Siedlerkolonien allgegenwärtig waren,[19] hatten sich als besonders hilfreich auch für die französischstämmigen Siedler erwiesen, die sich nach der Zession Canadas unversehens als Untertanen der englischen Krone wiederfanden und sich nun zumindest partiell auf das englische Recht einzustellen hatten. Zudem fand man bei *Blackstone* Material für die Kampagne, das französische Zivilrecht in der Provinz wiedereinzuführen – oder vielmehr klarzustellen, dass es mit der Zession des Gebietes mangels ausdrücklicher Anordnung niemals durch das *common law* ersetzt worden sei.

Insbesondere *François-Joseph Cugnet,*[20] Seigneur, Richter, Attorney General, Amtsträger in der Kolonialadministration und Zentralfigur in diesem Prozess,[21] formulierte die Theorie einer Fortgeltung des Zivilrechts unter

---

[16] Zu „bijuridisme“/„bijuralism“ vgl. die Erläuterungen des Justizministeriums zu Sprachregelung und offizieller *policy,* online: <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/harmonization/bijurilex/aproposb-aboutb.html> (französisch) und <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/harmonization/bijurilex/aboutb-aproposb.html> (englisch).

[17] So bestimmt etwa *section* 6 des kanadischen *Supreme Court Act:* „At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.“ Dieses Erfordernis wird streng ausgelegt, siehe die Entscheidung des *Supreme Court* in *Reference Re Supreme Court Act, ss 5 and 6,* 2014 SCC 21.

[18] Siehe etwa *D. Jutras,* Cartographie de la mixité: la common law et la complétude du droit civil au Québec, Canadian Bar Review 88 (2009), 247–273.

[19] Siehe nur *D. Boorstin,* The Mysterious Science of the Law, 1941, vii, 4; *M.H. Hoeflich,* American Blackstones, in: W. Prest (Hg.), Blackstone and his Commentaries, Biography, Law, History, 2009, 171–184; *T. Anthony,* Blackstone on Colonialism, in: Prest, Blackstone (*loc. cit.*), 129–150; *K.M. Parker,* Historicising Blackstone's Commentaries on The Laws of England, in: A. Fernandez/M.D. Dubber (Hg.), Law Books in Action: Essays in the Anglo-American Legal Treatise, 2012, 22–42.

[20] *P. Tousignant/M. Dionne-Tousignant,* Cugnet, François-Joseph, in: University of Toronto/Université Laval (Hg.), Dictionary of Canadian Biography, Bd. 4, 2003, online: <http://www.biographi.ca/en/bio/cugnet_francois_joseph_4E.html>.

[21] Vgl. monographisch *S. Normand,* François-Joseph Cugnet et la reconstitution du droit de la Nouvelle-France, 2002.

ausdrücklicher Berufung auf eine Passage bei *Blackstone,*[22] die das Verhältnis des englischen Rechts zu in den Kolonien vorgefundenem Recht zum Gegenstand hat:[23]

> „But in conquered or ceded countries, that have already laws of their own, the king may indeed alter those laws; but, till he does actually change them, the antient laws of the country remain, unless such as are against the law of God, as in the case of an infidel country."

Der Historiker *Michel Morin* berichtet, dass *Cugnet* mit *Blackstone* selbst in Kontakt getreten sei; dieser habe die Eingabe an den englischen Attorney General (und späterem Lord Chancellor) *Edward Thurlow* weitergeleitet,[24] der in den Beratungen zum *Quebec Act* ein Gutachten beisteuerte.[25] Vor allem aber hatte *Cugnet* als „French Secretary" direkten Kontakt zu *Guy Carleton,* dem Governeur von Quebec, der sich in London politisch aktiv und letztlich erfolgreich für eine ausdrückliche Inkraftsetzung des französischen Zivilrechtsregime einsetzte,[26] und der *Cugnet* mit einer zusammenfassenden Beschreibung der Rechtsgewohnheiten und -bräuche in Quebec beauftragt hatte, die der Einschätzung der Rechtssituation im Gesetzgebungsverfahren zugrunde lagen.[27]

So mag denn ein „Kommentar" dem kanadischen „bijuralen" Systems Geburtshilfe geleistet (oder zumindest eine Hand an der Wiege gehabt) haben. Mit dem „Kommentar" als der Bezeichnung einer bestimmten Form juristischer Literatur, wie sie heute in Deutschland verstanden wird, haben die *Blackstone*'schen „Commentaries" auf den ersten Blick freilich kaum mehr als den Namen gemein.[28] Für das *common law* erfüllen sie jedoch eine dem Kommentar insoweit vergleichbare Funktion, als sie einen schnellen Zugriff auf das sonst unübersichtlich auf Fälle und Statuten verteilten Rechts ermöglichen, gewissermaßen als Kodifikation und Kommentar, freilich in anderer Form. In dieser Funktion – Ermöglichung von Zugriff auf Recht überhaupt – sind sie paradigmatisch für eine Literaturform, der in den britischen Kolonien in Nordamerika überragende Bedeutung zukommt.

---

[22] *M. Morin,* Blackstone and the Birth of Quebec's Distinct Legal Culture, 1765–1867, in: W. Prest (Hg.), Re-Interpreting Blackstone's Commentaries: A Seminal Text in National and International Contexts, 2014, 105–124, 111 ff.

[23] *W. Blackstone,* Commentaries on the Laws of England, Bd. 1, Oxford, 1765, 105.

[24] *Morin,* Blackstone and Quebec's Legal Culture (Fn. 22), 112.

[25] *Lawson,* Imperial Challenge (Fn. 12), 117 ff.

[26] *Lawson,* Imperial Challenge (Fn. 12), 111 ff.

[27] *S. Normand,* Les débuts de la littérature juridique québécoise, in: Baker/Fyson, Essays in the History of Canadian Law XI (Fn. 12), 96–130, 106.

[28] Siehe dazu *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2016, 9 f., und etwa auch in diesem Band die Beiträge von *Enchelmaier,* England (Fn. 4) zum englischen und von *Mathias Reimann,* Legal "Commentaries" in the United States: Division of Labor, 277–294, zum US-amerikanischen Recht.

II. Erste Rechtsbücher in den nordamerikanischen Kolonien: „Kommentare" und Institutionenliteratur

1. Common law

Blackstone-Ausgaben gehören zu den ersten englischsprachigen Rechtsbüchern, die in Nordamerika gedruckt werden.[29] In dem kolonialen Kontext ist, nach dem bloßen Import von Materialien, die erste eigene lokale Textproduktion nicht auf selbständige Reflektion gerichtet, sondern darauf, mangels existierender Infrastruktur überhaupt Zugang zu Recht und Rechtsliteratur zu ermöglichen. Bibliographische Forschung zur Publikations- und Mediengeschichte in den britischen Kolonien in Nordamerika zeichnen für allem für die Zeit vor der Wende zum 19. Jahrhundert das Bild einer kargen Publikationslandschaft,[30] in der, neben der Veröffentlichung von Gesetzestexten und Regierungsverlautbarungen, hauptsächlich eine Literatur einfacher „abridgments" und simplifizierender praktischer Leitfäden entsteht. Letztere richten sich an Rechtslaien[31] und vor allem an die Organe der – weitestgehend aus dem Nichts zu schaffenden – Administrativstrukturen, wie *sheriffs, coroners* und Friedensrichtern, die auf zumindest rudimentäre Rechtskenntnisse angewiesen sind.[32]

Die „Commentaries" sind demgegenüber im Vergleich wesentlich anspruchsvoller und werden vor allem auch in der sich formierenden Juristenausbildung herangezogen, wo sie zu Klassikern avancieren: in Toronto wurden noch im Laufe des 19. Jahrhunderts mehrere Auflagen einer den lokalen Verhältnissen adaptierten Version der „Commentaries" publiziert,[33] die bis

[29] Vgl. etwa die Ausgabe *W. Blackstone,* Commentaries on the Law of England in four books, Reprinted from the British Copy, Page for Page with the Last Edition, Philadelphia: Robert Bell, 1771.

[30] Vgl. *E.J. James,* A List of Legal Treatises Printed in the British Colonies and the American States Before 1801, in: M. Campbell *et al.* (Hg.), Harvard Legal Essays: Written in Honor of and Presented to Joseph Henry Beale and Samuel Williston, 1934, 159–211; *M. Tremaine,* A Bibliography of Canadian Imprints, 1751–1800, 1952.

[31] Siehe etwa *G. Jacob,* Every man his own lawyer: or, A Summary of the Laws of England, in a New and Instructive Method, John Dunlap, Philadelphia, 1769; siehe auch die Einführung in das *common law* für deutschsprachige Einwanderer: *D. Henderson,* Des Landmanns Advocat, Philadelphia, 1761.

[32] Zum Beispiel *W. Simpson,* The practical Justice of the Peace and Parish-officer, Charlestown, 1763. Als ältere Beispiele vgl. etwa *N. Boone,* The Constable's Pocket Book, Boston, 1710; *(o. A.:)* Conductor generalis, or The office, duty and authority of Justices of the Peace / collected out of all the books hitherto written on those subjects, whether of common statute-law to which is added, a collection out of Sir Matthew Hales concerning the descent of land, Philadelphia, 1722 (Nachdruck 2002); *G. Webb,* The Office and Authority of a Justice of Peace. And also The Duty of Sheriffs, Coroners, Churchwardens, Surveiors of Highways, Constables, and Officers of Militia, William Parks 1736.

[33] Commentaries on the Laws of England Applicable to Real Property by Sir W. Blackstone. Adapted to the Present State of the Law in Upper Canada by A. Leith, Toronto,

ins frühe 20. Jahrhundert hinein zur Pflichtlektüre in der juristischen Ausbildung zählten.[34]

Die „Commentaries" sind in ihrer Methode[35] Vorbild einer Art kolonialen Institutionenliteratur, die als eine Vorstufe zum stärker systematisierenden „treatise"[36] beschrieben wird.[37] Ein wichtiges Beispiel dieser Literaturform in der kanadischen Rechtsgeschichte sind die „Epitome of the Laws of Nova Scotia",[38] die nach dem Vorbild der Kommentare *Blackstones,* vor allem aber auch der *Kent*'schen „Commentaries on American Law"[39] verfasst und als „benchmark" der kanadischen Publikationskultur im frühen 19. Jahrhundert bezeichnet worden sind.[40]

In dieser Periode wird die Spaltung zwischen den jungen USA und den verbliebenen britischen Kolonien in Nordamerika immer stärker spürbar: Während die Produktion von Rechtsliteratur in den USA nun nachgerade explodiert, verbleibt sie im britischen Nordamerika noch lange, bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts, vergleichsweise bescheiden. Es sind bemerkenswerterweise insbesondere die Schwierigkeiten beim Zugang zu Rechtsquellen und auch der Mangel an literarischer Systematisierung, die als praktisches Problem bei der Rechtsfindung aufgefasst werden und im 19. Jahrhundert den Ruf nach einer Kodifikation des *common law* laut werden lassen[41] – zu der es, mit der Ausnahme der späteren Kodifikation des Strafrechts, freilich niemals gekommen ist.

2. *Droit commun coutumier*

Besonders im heutigen Quebec hat demgegenüber die Kommentarform durchaus auch in einem engeren Sinne eine Rolle zu spielen gehabt, selbst in

---

1864; 2. Aufl. hg. v. A. Leith und J.F. Smith, Toronto, 1880; 3. Aufl. hg. v. R.E. Kingsford, Toronto, 1896. Siehe auch *S. Ewart,* Examination Questions on Blackstone's Commentaries on Real Property, Toronto, 1883.

[34] *G.B. Baker,* The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire, Law and History Review 3 (1985), 219–292, 238.

[35] Vgl. *J.W. Cairns,* Blackstone, an English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation-State, Oxford Journal of Legal Studies 4 (1984), 318–327.

[36] Dazu etwa *A.W.B. Simpson,* The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature, University of Chicago LR 48 (1981), 632–679.

[37] *P. Girard,* Themes and Variations in Early Canadian Legal Culture: Beamish Murdoch and his Epitome of the Laws of Nova Scotia, Law and History Review 11 (1993), 101–144, 106.

[38] *B. Murdoch,* Epitome of the Laws of Nova Scotia, 4 Bde., Halifax, 1832.

[39] *J. Kent,* Commentaries on American Law, 4 Bde., New York, 1826–1830.

[40] *Girard,* Themes and Variations (Fn. 37), 102; *ders.,* „Of Institutes and Treatises": Blackstone's Commentaries, Kent's Commentaries, and Murdoch's Epitome of the Laws of Nova Scotia, in: Fernandez/Dubber, Law Books in Action (Fn. 19), 43–62. Siehe auch *D.C. Harvey,* Nova Scotia's Blackstone, Canadian Bar Review 11 (1933), 339–343.

[41] *Baker,* Upper Canadian Legal Thought (Fn. 34), 226 f.

der vorkodifikatorischen Zeit, war doch die *Coutume* von Paris selbst in Artikel gefasst und nach Titeln geordnet. An dieser Struktur orientierte sich bereits im vorrevolutionären Frankreich eine Literatur von *Commentaires* durchaus „kommentarhaft" – eine Tradition, die sich etwa bereits in *Louis Le Carons* ausführlich Artikel für Artikel kommentierenden Anmerkungen zur Pariser *Coutume* von 1595 (in der Erstauflage) dokumentiert.[42]

Unter den importierten Texten, die für das gemeine französische Gewohnheitsrecht in Französisch-Canada vor der Abtretung an Großbritannien besondere Bedeutung erlangten,[43] bedarf daher ein „Kommentar" besonderer Erwähnung: Der „Nouveau commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de la ville de Paris" des Pariser Advokaten und Rechtsgelehrten *Claude de Ferrière.*[44] In der Universitätsbibliothek McGills finden sich ein Exemplar der Erstausgabe von 1679[45] sowie Exemplare der posthumen Neuauflagen von 1726, 1741, 1762, 1770 und 1788 (besorgt von Sauvan d'Aramon). Die Bedeutung des Werks wird etwa dadurch illustriert, dass noch das erste Curriculum nach der formalen Gründung der Rechtsfakultät McGills im Jahr 1853 das Studium der *Coutume* nach *de Ferrières* Commentaire vorsah.[46] Die handlichen Oktavbändchen sind Kommentare dabei durchaus auch in dem engeren Sinne einer Kommentierung eines autoritativen Textes: Sie lehnen sich eng an dem Text der *Coutume* von Paris mit seinen 362 Artikeln[47] an und alternieren zwischen einführenden Zusammenfassun-

---

[42] *L. Le Caron,* Coutumes de la ville, prévôté et vicomté de Paris, avec les commentaires de L. Charondas, Le Caron, jurisconsulte, Paris, 1595. *Dumoulins* Commentarii in consuetudines parisienses (Paris, 1538) orientieren sich demgegenüber zwar an der Titelstruktur, „kommentieren" aber nicht artikelweise; siehe aber auch dessen Commentaire sur l'edit du roi Henri second, contre les petites dates et abus de la cour de Romme, Lion, 1554.

[43] Eine komprimierte Einführung in die Anfänge des Unternehmens, das Recht der „Metropole" in die junge französische Kolonie zu verpflanzen und mit Edikt von 1663 die Coutume von Paris in Canada anzuwenden, gibt *D. Gilles,* Archéologie de l'herméneutique du droit québécois – En quête des discours juridiques avant la Conquête, Revue Juridique Themis 44 (2010), 49–120.

[44] *C. de Ferrière* war ein ausgesprochen produktiver Autor, der auch über römisches und kanonisches Recht publizierte. In Quebec war vor allem auch der praktische Leitfaden „La science parfaite des notaires ou le moyen de faire un parfait notaire" (Erstausgabe: Paris: chez Charles Osmont, 1682) von Bedeutung, der von der Bibliothek McGills in den posthumen Auflagen von 1728, 1741 (Paris: chez Osmont/de Nully, beide besorgt von Claude-Joseph de Ferrière, Claudes Sohn) und 1771 (Paris: Knapen, Claude-Joseph de Ferrière und François Benoît de Visme) gehalten wird und noch bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts zu den wichtigsten Leseempfehlungen neben Domat und Pothier gehörte, vgl. *Morin,* Blackstone and Quebec's Legal Culture (Fn. 22), 119.

[45] *C. de Ferrière,* Nouveau commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de la ville de Paris, Avec de nouveaux sommaires sur les Articles, Paris: chez Jean Cochart, 1679.

[46] *I. C. Pilarczyk,* A Noble Roster: One Hundred And Fifty Years of Law at McGill, 1999, 6.

[47] In der redigierten Fassung von 1605, vgl. *Zoltvany,* Coutume de Paris (Fn. 11), 366 ff. Im Folgenden zu beachten ist, dass 72 dieser Artikel in Niederkanada keine An-

gen, Erläuterungen ganzer Abschnitte, und der Reproduktion und Annotierung einzelner Vorschriften.[48]

Nach dem Übergang Französisch-Canadas an Großbritannien entstehen sodann erste, in der Kolonie verfasste Darstellungen des lokalen Rechts. Juristische Texte stellen einen hohen Anteil an den überhaupt veröffentlichten Druckwerken, wobei freilich die Publikationslandschaft, wie im Rest der nordamerikanischen Kolonien, karg bleibt.[49] Der uns schon bekannte *Cugnet* hatte bereits 1768 die von Gouverneur *Carleton* in Auftrag gegebene Darstellung der Rechtsgewohnheiten und Bräuche in Quebec fertiggestellt. Diese Arbeit war die Grundlage des 1775 erschienenen vierbändigen „Traité abregé des ancienes loix, coutumes et usage de la colonie du Canada aujourd'hui province de Québec, tiré de la prévôté et vicomté de Paris". Dieses Werk markiert den Beginn einer Literatur über spezifisch koloniale Anwendung und Ausprägung des französischen Rechts. Das insoweit bahnbrechende Werk beschränkt sich, wie der Autor im Vorwort ausdrücklich erklärt, bewusst darauf, die existierenden Rechtslage in ihren allgemeinen Grundsätzen schriftlich zu fixieren: „verba volant scripta manent."[50] Den selbstgesetzten Zielen nach ist das Werk mithin der beschriebenen englischsprachigen Institutionenliteratur[51] verwandt.

Zudem orientiert sich das Werk aber, bemerkenswert für unser Thema, insbesondere an den einschlägigen Artikeln der *Coutume,* deren Text *Cugnet* hervorhebt – und auch durchaus ausführlich kommentiert. Die Artikel der *Coutume* sind allerdings aus ihrem Originalkontext herausgehoben und dem Gang seiner Darstellung entsprechend umarrangiert. So ordnet *Cugnet* seine Arbeit derart nach Artikeln, dass etwa in der Darstellung des Mobiliarsachenrechts Artikel 1 dem Artikel 88 der *Coutume* entspricht, Art. 2 entspricht Art. 89, Art. 3 den Art. 90 und 92, usw.[52] Insgesamt hat das Werk *Cugnets* durchaus Kommentarform und weicht von den Genregesetzen der Kommentierung nur insofern ab, als es nicht davor halt macht, sich von dem autoritativen Text und dessen Struktur kreativ zu lösen.

---

wendung fanden; mit der Abschaffung des Seigneuralsystems 1854 stieg diese Zahl auf 110. Siehe dazu *T.J.J. Loranger,* Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada, Bd. 1, Montreal, 1873, 9.

[48] Gut sichtbar ist diese Technik etwa bei der Kommentierung des Feudalrechts.

[49] Vergleiche den Überblick der Historikerin *C. Veilleux,* Le livre à Québec, 1760–1867: les gens de justice et leur œuvres, Les Cahiers de Droit 34 (1993), 93–124.

[50] *J.F. Cugnet,* Traité des Ancienes Loix de Proprieté en Canada aujourd'huy Province de Québec, Traité abregé des ancienes loix, coutumes et usage de la colonie du Canada aujourd'huy province de Québec, tiré de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, Quebec: William Brown, 1775, iii.

[51] Zur Institutionenliteratur vgl. auch *K. Luig,* The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries, Juridical Review 1972, 193–226.

[52] *Cugnet,* Traité des Ancienes Loix (Fn. 50), 8 ff.

Im Jahre 1832 finden wir den nächsten Versuch einer Gesamtdarstellung des Rechts in „Niederkanada“: *Henry des Rivières Beaubiens* „Traité sur les lois civiles du Bas-Canada“ in drei Bänden.[53] Mit dem *Constitution Act 1791* war zwischenzeitlich die Provinz Quebec, die ein gewaltiges Gebiet bis in das heutige Territorium der USA südlich der Großen Seen umfasst hatte, zunächst in zwei Provinzen aufgeteilt worden: Upper Canada, das dem heutigen Süden Ontarios entspricht, in dem *common law* galt, und Lower Canada (Bas-Canada – „Niederkanada“), das territorial dem Süden des heutigen Quebec entspricht und in dem die Geltung des *ancien droit* bestätigt wurde. Dieses *ancien droit* basierte freilich auf dem französischen Recht im Stand vor der Revolution und vor der Kodifizierung. Der Darstellungs- und Ordnungsversuch *Beaubiens* ist nach demselben Institutionensystem organisiert wie der Code Napoléon, jedoch ohne die Inspirationsquelle ausdrücklich zu nennen: Allein die Intention der ordnenden Darstellung wird erläutert,[54] deren System aber offenbar für selbsterklärend erachtet. Die Darstellung selbst ist in einem nüchternen Erzählstil gehalten, der die Rechtslage ohne „wissenschaftliche“ Ambition beschreibt und es gänzlich unterlässt, den Leser auf einschlägige Literatur und Quellen zu verweisen.

Ein Kuriosum stellt das auf Universaldarstellung von Recht, Geschichte und politischer Organisation abzielende „Fundamental principles of the laws of Canada, as they existed under the natives, as they were changed under the French kings, and they were modified and altered under the domination of England“ des Notars und Kolonialadministrators *Nicolas Benjamin Doucet* dar, das insgesamt drei Bände umfasste und, in sukzessiven Lieferungen, in Montreal 1841–1843 erschien.[55]„Canada“, dessen Recht hier dargestellt werden sollte, umfasste seit dem *Union Act 1840* nun wieder Upper und Lower

---

[53] *H. des Rivières Beaubiens,* Traité sur les lois civiles du Bas-Canada, 3 Bde., Montreal, 1832.

[54] *Beaubiens,* Traité sur le lois civiles (Fn. 53), 7 („Avant-Propos“).

[55] Die Ambition des Werkes ist in seinem vollen Titel dokumentiert: *N.B. Doucet,* Fundamental principles of the laws of Canada, as they existed under the natives, as they were changed under the French kings, and as they were modified and altered under the domination of England. The general principles of the Custom of Paris, as laid down by the most eminent authors, with the text, and a literal translation of the text. The imperial and other statutes, changing the jurisprudence in either of the provinces of Canada at large. Prefaced by an historical sketch of the origin and rise of religious and political institutions, among the principal nations of the world (…) of the origin, rise, and successive changes of the constitutional laws of France; of the common, canon, and statute laws of England, so far as they operate on the jurisprudence of Canada, and of the general government, religious, military, civil and criminal, laws of the natives, particularly of the Huron and Iroquois Indians, at the time the interior of the country was discovered by Cartier, Montreal, 3 Bde., 1841–1843.

Canada,[56] so dass *Doucet* versucht, die Rechtstraditionen beider Canadas zu beschreiben. Kurios ist dabei, dass *Doucet* es bei dieser schon ausreichend komplexen Aufgabe nicht bewenden lässt, sondern auch Übersichten der Rechtsentwicklung bei Amerikas indigenen Völkern sowie einen universalhistorischen Rundumschlag der Weltrechtsgeschichte voranstellt. Das Privatrecht Lower Canadas – d.h. die *Coutume* – stellt *Doucet* in einer Weise umgeordnet dar, die sich ebenfalls an der Organisation des Code Napoléon anlehnt.[57] Der Text enthält auch einen Fußnotenapparat und erscheint damit ein wenig wie sein eigener Annotationskommentar.

Ein substantiell gewichtiges Werk in dieser vorkodifikatorischen Periode der juristischen Textproduktion in Quebec ist die bemerkenswerterweise als „Commentaires sur les lois du Bas Canada“ betitelte Darstellung des Rechts Quebecs in zwei voluminösen Bänden durch *Maximilien Bibaud.* Wie der Untertitel „Conferences de l'École de droit“ und das Vorwort[58] erhellen, ist die Ambition des Werkes eine darstellend-didaktische. In der Tat war es gedacht als Lehrbuch in einer privaten Rechtsschule, die *Bibaud* – von seinen Biographen als ausnehmend begabt und zugleich als von Selbstzweifeln ungehemmt beschrieben[59] – 1851 im Alleingang gründete;[60] zu einer Zeit, in der zwar fünf Lehrjahre und das Ablegen eines Examens für den Zugang zum *barreau* vonnöten waren, aber lediglich am McGill College seit 1848 ein juristischer Studiengang angeboten wurde.[61] *Bibaud,* der auch in Bonn und Leipzig studiert hatte, trat, seiner selbstbewussten Konstitution entsprechend,

---

[56] Die komplexen historischen Hintergründe und die Verknüpfung mit der kanadischen Verfassungsgeschichte können hier nicht rekapituliert werden. Es sei nur erwähnt, dass es in den Jahren 1837/38 zu blutigen Aufständen sowohl in Ober- wie in Niederkanada kam. In Reaktion darauf wurden im *Union Act* von 1840 beide Provinzen wieder in eine „Province of Canada“ zusammengeführt, wobei die zivilrechtliche Sonderstellung Niederkanadas allerdings bewahrt wurde – was auch die Bezeichnung der Kodifikation von 1866 als *Civil Code of Lower Canada* erklärt. Mit der Konföderation des *Dominion of Canada* im *Constitution Act* von 1867 wurden dann die getrennten Provinzen Ontario und Quebec geschaffen.

[57] *Doucet,* Fundamental principles (Fn. 55), Bd. 2, 37 ff.

[58] *M. Bibaud,* Commentaires sur les lois du Bas Canada, ou, Conferences de l'École de droit liée au collége des RR. PP. Jésuites. Suivis d'une Notice historique, Montreal, 1859, 3 ff.

[59] *A. Morel/Y. Lamonde,* Bibaud, François-Maximilien, in: University of Toronto/Université Laval (Hg.), Dictionary of Canadian Biography, Bd. 11, 2003, online: <http://www.biographi.ca/en/bio/bibaud_francois_maximilien_11E.html>.

[60] *R.St.J. Macdonald,* Maximillien Bibaud, 1823–1887: The Pioneer Teacher of International Law in Canada, Dalhousie LJ 11 (1988), 721–743, 725 ff.

[61] *S.B. Frost,* The Early Days of Law Teaching at McGill, Dalhousie LJ 9 (1984), 150–157; *R.A. Macdonald,* The national law programme at McGill: Origins, establishment, prospects, Dalhousie LJ 13 (1990), 211–363, 216 ff.

an, alles besser zu machen[62] – und trug in der Tat durch seine Konkurrenz und Kritik wesentlich zu einem ersten Schub in die Richtung einer professionalisierten akademischen Befassung mit Recht bei.

Mangels konkreten Textbezuges ist dieses Werk „Kommentar" allein im Sinne der traditionellen Institutionenliteratur. Der Titel seines großen Lehrbuches zum Recht der Provinz war ganz bewusst an *Blackstones* „Commentaries" angelehnt: *Bibaud* selbst hatte zuvor eine Übersetzung der „Commentaries" ins Französische unternommen[63] und machte sich daher daran, ein Gegenstück für den Rechtsunterricht in Quebec zu schaffen, das auch das französische intellektuelle Erbe berücksichtigte.

III. Privatrechtskodifikation und Annotationsliteratur

1. Kodifikationsbedarf: Rechtspluralismus und Mangel an Literatur

Derartige darstellenden Aufbereitungen waren zu diesem Zeitpunkt schon deshalb ein vornehmliches Desiderat, weil die konkreten Herausforderungen an die Rechtspraxis in der Provinz über die üblichen logistischen Schwierigkeiten der Beschaffung und Zugänglichmachung von Rechtsquellen und -literaturen in den Kolonien weit hinausgingen.[64] Besonders problematisch war nach Übergang an Großbritannien vor allem die verwirrende Vielheit von Rechtsquellen und Geltungsansprüchen, in der englisches Statutenrecht und *common law* in Kriminal- und Administrativangelegenheiten, französischstämmiger Rechtsbrauch in bürgerlich-rechtlichen Fragen „relative to Property and Civil Rights" (soweit, wir erinnern an die Passage bei Blackstone, nicht durch spezielles Statutenrecht abrogiert), kanonisches Recht in Familienangelegenheiten und wiederum englisches Recht in handels- und wirtschaftsrechtlichen Angelegenheiten miteinander konkurrierten.

Bereits in dem berühmten „Report on the Affairs of British North America" von 1839 hatte *Lord Durham* die Situation wie folgt beschrieben:[65]

„The law of the Province and the administration of justice are, in fact, a patch-work of the results of the interference at different times of different legislative powers, each proceeding on utterly different and generally incomplete views, and each utterly regardless of the other. The law itself is a mass of incoherent and conflicting laws, part French, part English, and with the line between each very confusedly drawn. Thus, the criminal law is the criminal law of England, as it was introduced in 1774, with such modifications as have since been made by the Provincial Legislature, it being now disputed whether the Provincial

[62] Auch nach Bonner und Leipziger Vorbild, *Bibaud,* Commentaires (Fn. 58), 14.
[63] *Morel/Lamonde,* Bibaud (Fn. 59).
[64] Vgl. *Gilles,* Archéologie de l'herméneutique du droit québécois (Fn. 43).
[65] Report on the Affairs of British North America, from the Earl of Durham, Her Majesty's High Commissioner, Toronto, 1839, 51.

Legislature had any power to make any change whatever in that law, and it not being at all clear what is the extent of the phrase ‚criminal law'. The civil law is the ancient civil law, also modified in some, but unfortunately very few respects; and these modifications have been almost exclusively effected by acts of the British Parliament and by ordinances of the Governor and council constituted under the Quebec Act."

Dabei muss sich der Leser wiederum die Tragweite des Umstandes vergegenwärtigen, dass es sich bei dem „ancient civil law" um das vorrevolutionäre französische Recht des *ancien régime* handelte. Denn das hieß vor allem, dass selbst in Fällen, in denen dessen Anwendung unstreitig war, noch lange nicht die Frage der einschlägigen Rechtsregel geklärt war, da das vorkodifikatorische Recht sich ebenfalls aus verschiedenen Rechtsquellen zusammensetzte, der *Coutume* von Paris (die freilich nicht alle bürgerlich-rechtlichen Fragen abdeckte), königlichen Ordonnanzen, und dem gemeinen Recht, wobei gewissen Autoritäten wie *Domat* wiederum Vorrang vor anderen eingeräumt wurde.

Diesem Fortdauern des *ancien droit* entsprach eine Lebenswelt der frankophonen Landbevölkerung, in der, von den revolutionären Entwicklungen in Frankreich abgeschnitten, wie in einer Zeitkapsel ein Stück *ancien régime* fortbestand. Die Trennung von bürgerlichem *ancien droit* und englischem Wirtschaftsrecht spiegelt daher in gewissen Grade den sozialen Bruch zwischen Metropole und Land, aber auch zunehmend zwischen anglophoner und frankophoner Bevölkerung wider: Während für diese das 18. Jahrhundert nicht zu enden scheint, findet für jene zugleich ein Aufbruch in das Zeitalter der Industrialisierung und des Finanzkapitalismus statt. Mit dem Verlust der amerikanischen Häfen nach der Revolution war insbesondere Montreal zum Eingangstor des britischen Empires in die Neue Welt geworden und entwickelte sich im 19. Jahrhundert zur Handels- und Finanzmetropole.[66] Deren Geschicke wurden von einer Klasse englischer Unternehmer und Bankiers kontrolliert, die ihre Affären vornehmlich nach englischem Recht regelten.

In dieser verfahrenen und sich stets weiter verkomplizierenden Lage wurde der Ruf nach Rechtskodifikation laut. Bereits Lord Durhams Bericht erwähnte unter Hinweis auf Louisiana eine Kodifizierung – just auch im Hinblick auf die Spannungen zwischen englisch- und französischsprachiger Bevölke-

[66] Bis in das letzte Drittel des 19. Jahrhunderts konkurrierte Montreal mit New York um die Stellung als vorrangiger Wirtschafts- und Finanzmetropole des Kontinents; um 1870 hatte dann freilich New York endgültig Montreal den Rang abgelaufen. Die Konkurrenz inspirierte, aus welchen Gründen auch immer, insbesondere Wirtschaftshistoriker des frühen 20. Jahrhunderts, siehe etwa *D.G. Creighton,* The Commercial Empire of the St. Lawrence, 1760–1850, 1937; *C. Williamson,* New York's Impact on the Canadian Economy, Prior to the Completion of the Erie Canal, New York History 24 (1943), 24–38; *D.C. Masters,* Toronto vs. Montreal, The Struggle for Financial Hegemony, 1860–1875, 133–147, 133 f.

rung[67] – als politisch gangbare Lösung, in der beide Bevölkerungsgruppen ihre Rechte amalgamieren könnten, anstatt sie sich gegenseitig aufzudrängen: „adopting what is really best in both, the result would be creditable to the Province."[68] Im Jahre 1857 erging dann ein „Act to provide for the Codification of the Laws of Lower Canada relative to Civil matters and Procedure", der die Einrichtung einer Kodifikationskommission vorsah.[69] Nach fast zehnjähriger Kommissionarbeit trat der *Code civil du Bas Canada* 1866 in Kraft,[70] der in der Tat ein wirtschaftsliberales Vertragsrecht mit einem ansonsten sozialkonservativen Ansatz vor allem im Familien- und Erbrecht kombinierte und zudem englisches Handelsrecht in das Umfeld eines Codes im französischen Stil integrierte.[71]

Für unser Thema beachtlich ist insbesondere, dass die Präambel des Kodifikationsaktes, neben der schwierigen Rechtslage und der Sprachverwirrung zwischen englisch- und französischsprachigen Quellen, den Mangel an Rechtsliteratur als Grund für das Kodifikationsprojekt zitiert:[72]

> „And whereas the Laws and Customs in force in France at the period above mentioned [i.e. vor dem Übergang an Großbritannien], have there been altered and reduced to one general Code, so that the old laws still in force in Lower Canada are no longer re-printed or commented on in France, and it is becoming more and more difficult to obtain copies of them, or of the commentaries of them."

Mit anderen Worten: In Frankreich war das *ancien droit* nach Inkrafttreten der großen Kodifikationen nur mehr von historischem Interesse, die alten Klassiker wie *de Ferrières* Kommentar wurden nicht mehr neu aufgelegt; in Niederkanada hingegen, wo das alte Recht als unübersichtliche Mixtur fortbestand, wurden kaum neue Texte produziert, auch weil es an einer Infrastruktur für umfangreichere Publikationsvorhaben fehlte.

---

[67] Die Bestandsaufnahme durch Durham war veranlasst durch die schon erwähnten Rebellionen in den Jahren 1837/38. Der Report kam zum Ergebnis, dass Unruhe in der Provinz langfristig nur durch Anglisierung durch Assimilation zu vermeiden sei und schlug daher wieder eine Zusammenführung mit der Provinz Oberkanada vor, die dann im *Union Act* von 1840 auch umgesetzt wurde.

[68] Durham Report (Fn. 65), 129. Der ideale Zustand wäre, Lord Durham zufolge, freilich eine komplette kulturelle und damit auch rechtliche Anglisierung gewesen, siehe S. 124.

[69] 20 Vict., S. Prov. C. (Statutes of the Province of Canada) 1857, c. 43. Zur Zitierweise vgl. oben Fn. 9.

[70] 29 Vict., S. Prov. C. 1865, c. 41.

[71] Zum Ganzen *J.E.C. Brierley,* Quebec's Civil Law Codification, Viewed and Reviewed, McGill LJ 14 (1968), 521–589.

[72] 20 Vict., S. Prov. C. 1857, c. 43, Preamble.

2. *Annotationen und Kommentare*

In der sich dem Inkrafttreten des Codes anschließenden Periode finden sich nun einige Werke, die in ihrer Exposition den Artikeln des Codes folgen und sich dabei auf einem Spektrum von bloßer Glossierung oder Annotierung bis hin zu einer ausführlicheren Kommentierung bewegen.

Zunächst erscheinen annotierte Ausgaben des Code, die den heute in Frankreich gängigen Textausgaben gleichen und sich darauf beschränken, Gesetzestext und kursorische Hinweise auf *jurisprudence* und bisweilen weiterführende Literatur zu nennen.[73] In diesem Genre bemerkenswert ist etwa die erste englische Annotation von *William Prescott Sharp* (1889), dessen größtes Verdienst *Sharp* selbst darin beschreibt, eine solide englischsprachige Textausgabe mit „amendments and annotations" allgemein zugänglich gemacht zu haben. Das Vorwort lässt freilich erkennen, dass nicht nur Literatur karg war, sondern auch der Kreis potentieller Leser in der Provinz zahlenmäßig begrenzt – eine Bemerkung, an der sich die eigentümliche Sonderstellung und besondere Isolierung der französischstämmigen Rechtsordnung ablesen lässt:[74]

> „The extremely limited sale of Lower Canadian law books rendering any hope of pecuniary renumeration, of at all an adequate character, out of the question, the author would be well content were he satisfied that he had compiled a work which will prove of service to his co-labourers in an arduous profession (…)."

Eine besondere Reaktion auf diese Rahmenbedingungen stellt die „Bibliothèque du Code civil de la province de Québec" des in dem Projekt federführenden[75] Anwalts, Richters und Professors *Charles-Chamilly de Lorimier* dar, deren erster von insgesamt 21 Bänden im Jahre 1871 erscheint (der letzte 1890). Wie der Titel vermuten lässt, handelt es sich um eine Art Bibliographie, die jedoch zudem für jeden Artikel des Code civil Exzerpte römischer Rechtstexte, einschlägiger Werke zum alten Recht, Gesetzesmaterialien und selbst Gerichtsurteile im Volltext wiedergibt – man bedenke, dass Urteile nach englischer Art ausführlich begründet und nicht im französischen Telegrammstil verfasst wurden (und werden) – was die Länge von 21 Bänden erklärt. Der Titel ist mithin insoweit Programm, als das Werk sich keine eigenständige Erläuterung oder gar Reflektion zum Ziel setzt, sondern gleichsam eine Bibliothek ersetzen will. Das Leitmotiv der Schwierigkeit, in der Kolonie überhaupt auf juristische Literatur zuzugreifen, begegnet diesmal

---

[73] Den Anfang macht hier *E.L. de Bellefeuille,* Le Code civil du Bas-Canada (…) augmenté des authorités citées par les codificateurs, Montreal, 1866, das mehrere Auflagen erlebt.

[74] *W.P. Sharp,* Civil Code of Lower Canada, with the Amendments effected by Imperial, Federal and Provincial Legislation, and all Reported Cases from the Earliest Reports up to 1st October 1888, Bd. 1, Montreal, 1889, vi.

[75] Die ersten drei Bände entstehen unter Mitarbeit Charles-Albert Vilbons.

gewendet als Auftrag, Zugang zur Literatur nicht nur „dem Reichen“ zu ermöglichen:[76]

> „Dans un pays comme le nôtre, où le prix des livres de Droit est de beaucoup au-dessus des ressources pécuniaires de la plupart d'entre nous, où le riche seul peut se passer le luxe d'une bibliothèque bien choisie, il nous a paru que ce serait faire une œuvre utile, que d'offrir à nos confrères un ouvrage qui de fait fût en quelque sorte toute une petite bibliothèque de notre Code Civil.“

Der „Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada“ des *Thomas-Jean-Jacques Loranger*[77] in zwei Bänden (Band 1: 1873, Band 2: 1879) lässt sich demgegenüber ohne weiteres dem Kommentargenre im engeren Sinne zuschlagen. *Loranger* kommentiert die Vorschriften sorgfältig, ausführlich, und durchaus mit theoretischer Ambition; mit für die französische Rechtskultur der Zeit untypischer Emphase gibt er im Vorwort seiner Überzeugung Ausdruck: „Mais le Code n'est pas toute la loi!“ Vielmehr verfolge der Kommentar das Ziel, das abstrakte Recht in die soziale Realität des „loi vivante“ zu übersetzen.[78]

Auch hinsichtlich der medialen Repräsentation gleicht dieser Kommentar durchaus dem, was moderne (deutsche) Leser bei der Kommentarlektüre vorfinden: den Text des Artikels, gefolgt von Gliederungsübersichten, und sodann die ausführliche Kommentierung. Angesichts von 2715 Artikeln war das Werk damit ehrgeizig angelegt – und letztlich im Alleingang wohl nicht zu bewältigen: Der zweite Band bricht mit dem Familienrecht ab, das Gesamtwerk blieb unvollendet.

Eine ausführliche und komplette Kommentierung wird letztlich von *Jean-Joseph Beauchamp* in drei Bänden vorgelegt, die 1904–1905 erscheinen.[79] Der Gesetzestext ist hier in beiden Sprachversionen der Kommentierung vorangestellt. *Beauchamp* besorgte selbst eine Neuauflage des erfolgreichen Werkes, die er 1924 fertigstellte; zwei posthume Supplementbände erschienen 1931.[80]

Das Erscheinen dieser Kommentierung fällt bereits in eine Zeit, in der mit einer Konsolidierung der universitären Rechtslehre nun auch die akademische juristische Textproduktion, zunächst in Gestalt der dogmatischen Befassung

---

[76] *C.-C. de Lorimier/C.A. Vilbon,* La Bibliothèque du Code civil de la province de Québec, Bd. 1, Montreal, 1871, 13.

[77] *Loranger,* Code civil (Fn. 47).

[78] *Loranger,* Code civil (Fn. 47), Bd. 1, i f.

[79] *J.-J. Beauchamp,* The Civil code of the province of Québec: annotated, containing the French and English texts and that of the Napoleon code, the authorities and the remarks of the codifiers, the ancient laws, the concordance of the articles, the statutory laws, the Canadian doctrine, the Canadian jurisprudence, the French doctrine and the maxims of law with several appendices, 3 Bde., Montreal, 1904–1905.

[80] *J.F. Saint-Cyr,* Supplément au Code civil annoté, 2 Bde., 1931.

mit Recht, erstarkt. Ähnlich wie in Frankreich[81] findet diese Produktion von *doctrine* jedoch vornehmlich außerhalb des Kommentargenres statt und fokussiert sich statt dessen auf Zeitschriftenaufsätze und das Verfassen von *traités;* und dies, obschon in Quebec die *école de l'exegèse* länger als in Frankreich, noch bis zur Mitte des 20. Jahrhundert, zahlreiche Anhänger hatte,[82] eine Methode, die mit der Form der Kommentierung ja, so möchte man meinen, durchaus harmonisch hätte koexistieren können. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass im Jahr 1989 das Vorwort der Erstauflage eines bekannten Annotations-Kommentars zum Quebecer Code[83] mit der Ankündigung anhebt, eine Tradition wiederbeleben zu wollen, die zumindest seit den Werken *Beauchamps* (1924/1931) verloren gegangen sei.[84] An dessen Grad an Ausführlichkeit reicht aber auch diese jüngere Kommentierung nicht mehr heran.

IV. Strafrechtskodifikation und Annotationsliteratur

Werfen wir, in aller gebotenen Kürze, einen vergleichenden Blick auf den bundesgesetzlichen *Criminal Code,* so zeigen sich einige Parallelen zu der Kodifikation des Privatrechts in Quebec,[85] sowohl im Hinblick auf das Kodifikationsverfahren als auch hinsichtlich der um den Text herum entstehenden Literatur.

Der *Criminal Code* ist zunächst bemerkenswert als eine Kodifikation des strafrechtlichen *common-law*-Fallrechts, zu der es im Vereinigten Königreich trotz mehrerer Anläufe nie gekommen ist.[86] Die erste Version des *Criminal Code,* der 8. Juli 1892 den *Royal Assent* erhält,[87] reagiert, wie das privatrechtliche Kodifikationsvorhaben in Niederkanada, auf ein spezifisch koloniales Problem der Rechtszersplitterung und Rechtsunklarheit. Zwar galt in allen

---

[81] Siehe dazu *Borghetti,* France (Fn. 4).

[82] *S. Normand,* Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois, Les Cahiers des droit 23 (1982), 1009–1028, 1013.

[83] Seit 1996 ist der *Code civil du Bas-Canada* durch den *Code civil du Québec* ersetzt, der vor allem „zivilistischer" als sein Vorgänger und, auch als ein politisches Signal, von der Beimischung des *common law* weitestgehend frei sein sollte.

[84] *J.-L. Baudouin/Y. Renaud,* Code civil annoté, Bd. 1, 1989, 7. Das Werk ist aktuell in der 21. Auflage, 2018.

[85] Auf diese weist hin *N. Kasirer,* Canada's Criminal Law Codification Viewed and Reviewed, McGill LJ 35 (1990), 841–879.

[86] Siehe zu den Anfängen der Debatte im 19. Jahrhundert *L. Farmer,* Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833–45, Law and History Review 18 (2000), 397–426; *D.H. Brown,* The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892, 1989, 6 ff. Der von der *Law Commission* erarbeitete Entwurf von 1989 ist abrufbar unter <http://www.lawcom.gov.uk/project/legislating-the-criminal-code>.

[87] Statutes of Canada 1892, c. 29.

Provinzen, die dann seit 1867 das *Dominion of Canada* bildeten, das von den Siedlern in die Neue Welt mitgebrachte Strafrecht Englands; so auch in Quebec, wo, wir erinnern uns, nur das Privatrecht von dem Geltungsanspruch des *common law* ausgenommen war. Jedoch war in jeder Provinz das englische Recht bis zu einem anderen Zeitpunkt hin rezipiert. So war das Stichjahr für Nova Scotia 1758, für New Brunswick hingegen 1660.[88] Dies hatte Auswirkungen für die jeweilige Geltung des im Strafrecht stets besonders wichtigen Statutenrechts,[89] das in jeder Provinz in jeweils eigener Gestalt galt und sodann in jeder Provinz eigenständig fortgebildet worden war.

Im Blick auf eine Vereinheitlichung dieses Rechtszustandes war bei der Konföderation 1867 eine Bundeskompetenz für Straf- und Strafprozessrecht geschaffen worden;[90] insbesondere in Quebec wurden Stimmen laut, die den Nutzen einer Kodifikation des englischstämmigen Strafrechts für die französischsprachige Bevölkerung hervorhoben.[91]

Für die neue Kodifikation entstehen dann alsbald zahlreiche Annotierungen, kurioserweise davon nicht wenige von Quebecer Autoren in englischer Sprache verfasst.[92] Hervorzuheben sind hier vor allem zwei Werke: die Annotierungen des Richters am Supreme Court *Henri Elzéar Taschereau*[93] und des Montrealer Anwalts *James Crankshaw.*[94] Mit ihren umfangreichen Erläuterungen ist insbesondere letztere durchaus dem Genre eines Kommentars im engeren Sinne zuzuschlagen.

Vergleichen wir diese Literatur mit der Annotationsliteratur zum *Code civil* in Quebec, so ist bemerkenswert, dass sich ein Abbruch der Annotationstradition, wie wir ihn im Privatrecht Quebecs haben feststellen können, nicht im

---

[88] Vgl. hierzu *L.A. Knafla/T.L. Chapman,* Criminal Justice in Canada: A Comparative Study of the Maritimes and Lower Canada 1760–1812, Osgoode Hall LJ 21 (1983), 245–274, 249 ff.

[89] Ein notorisches Beispiel wäre etwa der in der englischen Historiographie ausführlich behandelte, besonders drastische „Black Act“ von 1723, der die Todesstrafe auf besondere Fälle der Wilderei ausweitete; siehe etwa *J. Broad,* Whigs and Deer-Stealers in Other Guises: A Return to the Origins of the Black Act, Past & Present 119 (1988), 56–72; und natürlich *E.P. Thomson,* Whigs and Hunters, 1975.

[90] Dazu und zu dem gesamten Prozess und seiner Vorgeschichte noch stets *Brown,* Genesis (Fn. 86), 60, 70 ff.; und *G. Parker,* The Origins of the Canadian Criminal Code, in: D.H. Flaherty (Hg.), Essays in the History of Canadian Law, Bd. 1, 1981, 249–280.

[91] Dazu *Kasirer,* Canada’s Criminal Law Codification (Fn. 85), 843 f.

[92] Siehe den Literaturüberblick insbesondere zu den Annotationen bei *N. Kasirer,* The Annotated Criminal Code en Version Quebecoise: Signs of Territoriality in Canadian Criminal Law, Dalhousie LJ 13 (1990), 520–563.

[93] *H.E. Taschereau,* The Criminal Code of Canada, as amended in 1893, with Commentaries, Annotations and Precedents, Toronto, 1893.

[94] *J. Crankshaw,* The Criminal Code of Canada, Montreal, 1894.

selben Umfang verzeichnen lässt: Einige der Annotationen, die um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert entstanden, werden bis heute fortgeführt.[95]

V. Schlussbetrachtung: Textproduktion und Wissenschaftskultur

Wir sehen mithin, dass der spezifische Kontext, in dem die Traditionen des englischen *common law* und des französischen Zivilrechts aufeinanderstoßen und miteinander auszukommen lernen; und der damit einhergehende Bedarf, einheitliche Justizstrukturen und Rechtssicherheit zu schaffen und Rechtstexte zugänglich und verständlich zu machen, textnahe Erläuterungsliteraturen hervorgebracht hat, von denen manche in ununterbrochener Tradition fortleben und mitunter einen in dem im deutschsprachigen Raum als Kurzkommentar bekannten Genre vergleichbaren Grad an Ausführlichkeit erreichen. Eine Rolle, die derjenigen gleichkäme, die die Literaturform etwa in der deutschen Rechtskultur einnimmt, spielen solche Erläuterungstexte, wie bereits einleitend vorweggenommen, freilich nicht.

So sticht auch die völlige Abwesenheit der Gattung des „Großkommentars" ins Auge. Derartige detaillierte Kommentarprojekte zeichnen sich im deutschsprachigen Raum bekanntlich häufig in besonderem Maße durch die Beteiligung von Universitätsjuristen aus. Dies lenkt unseren Blick abschließend auf einen weiteren wichtigen Aspekt, den wir allerdings nur anreißen können: den Umstand, dass Produktion von juristischen Texten im weitesten Sinne nicht nur Einblick in eine Rechtskultur, sondern auch in eine Wissenschaftskultur vermitteln kann – und zudem Aufschluss über die Art und Weise, in der beide in einem bestimmten Kontext interagieren.

Dass Kommentierungen, insbesondere Bearbeitungen von mitunter monographischer Länge in Großkommentaren, nicht als zu „praxisnah" gelten, als dass sie für eine von wissenschaftlicher Ambition getragene Behandlung als gänzlich ungeeignete (oder gar unziemliche) Textform angesehen würden,[96] setzt eine gewisse Nähebeziehung zwischen Rechtspraxis und der akademischen Behandlung von Recht voraus. Vor allem muss die Auseinandersetzung mit konkreten praktischen Rechtsproblemen Akzeptanz als Gegenstand akademischer Behandlung finden.

Untersuchungen über die Publikationen der an juristischen Fakultäten oder *law schools* kanadischer Universitäten tätigen Wissenschaftler über die letzten Jahrzehnte zeigen hingegen deutlich die Tendenz, sich aus einer praxisnahen

---

[95] So etwa Snow's Annotated Criminal Code, erstmals erschienen 1901 in Montreal; oder *W.J. Tremeear,* The Criminal Code and the Law of Criminal Evidence, Toronto, 1902.

[96] Zu dieser Entwicklung vgl. den Beitrag von *N. Jansen,* Deutschland (Fn. 3).

oder überhaupt dogmatischen Befassung mit Recht immer weiter zurückzuziehen, was sich sowohl in den Publikationsmedien als auch in der Themenwahl niederschlägt.[97] Diese Tendenz wird vor dem Hintergrund der Entwicklung verständlich, dass seit dem 20. Jahrhundert das US-amerikanische Vorbild – durchaus auf Kosten der traditionellen Orientierung an Großbritannien – in der kanadischen Rechtswissenschaft kontinuierlich an Einfluss gewonnen hat, sowohl für den Bereich der juristischen Ausbildung als zudem, bedingt auch durch ähnliche Organisationsstrukturen der Universitäten, für die Art und Weise der wissenschaftlichen Befassung mit Recht.[98] In dieser nordamerikanischen Rechtswissenschaftskultur findet sich, verglichen mit Deutschland, ein weit geringerer Integrationsgrad von Akademie und juristischer Praxis.[99] Dies gilt vor allem für den anglophonen, aber mittlerweile grundsätzlich auch für frankophonen rechtswissenschaftlichen Diskurs in Kanada.[100]

Es war unser Hauptanliegen, die Perspektive einer Literaturuntersuchung fruchtbar zu machen für die schlaglichtartige Erhellung einiger (weniger) Momente der kanadischen Rechtsgeschichte und -kultur. In einem spezifischen kolonialen Kontext, in dem die schlichte Ermöglichung des Zugangs zu Recht und Rechtstexten eine primäre Rolle spielt, konnten wir durchaus bemerkenswerte Annäherungen an das Medium des Erläuterungstextes konstatieren. Zumindest insofern, als sich gleichwohl keine ausgeprägte „Kommentarkultur“ in Kanada entwickelt hat, steht der Befund für Kanada freilich wiederum im Einklang mit den Traditionen der „Mutterländer“ England und

---

[97] *N. Craik/P. Bryden/K. Ireton,* Law Review: Scholarship and Pedagogy in Canadian Law Journals, Queen’s LJ 36 (2011), 393–442; *T. Shanahan,* Legal Scholarship in Ontario’s English-Speaking Common Law Schools, Canadian Journal of Law and Society 21 (2006), 25–50; grundlegend der Bericht von *A. Janisch,* Profile of Published Legal Research, 1982.

[98] *H.W. Arthurs,* The Political Economy of Canadian Legal Education, Journal of Law and Society 25 (1998), 14–32; *E.M. Adams,* The Dean Who Went to Law School: Crossing Borders and Searching for Purpose in North American Legal Education, 1930–1950, Alberta LR 54 (2016) 1–40; *E. Veitch/R. Macdonald,* Law Teachers and Their Jurisdiction, Canadian Bar Review 56 (1978), 710–732.

[99] Vgl. *H. Dedek,* Recht an der Universität: „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika, JZ 2009, 540–550; und auch *ders.,* Didaktische Zugänge zur Rechtslehre in Nordamerika, in: J. Brockmann (Hg.), Exzellente Lehre im juristischen Studium, 2011, 41–57.

[100] Vgl. den Versuch einer Erklärung der unterschiedlichen Stile und Themen und insbesondere der Rolle des Privatrechts bei *R.A. Macdonald,* Understanding Civil Law Scholarship in Quebec, Osgoode Hall LJ 23 (1985), 573–608. Heute sind die Unterschiede geringer, vor allem in fachlichen Spezialisierungen wie der Rechtssoziologie und der Rechtsgeschichte; vgl. dazu auch *H. Dedek,* All Grown Up: Rechtshistorische Forschung in Kanada, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 38 (2016), 275–287. Eine begrenzte Ausnahme findet sich immer noch in privatrechtlichen Ausrichtungen; es ist insoweit kein Zufall, dass jene Professoren, die noch in Praktikerliteraturen in Erscheinung treten, zumeist an frankophonen Quebecer Universitäten unterrichten.

Frankreich. Zu dieser Entwicklung wird indes, nach den früheren „flirts“ mit der Kommentarform, insbesondere auch die Amerikanisierung der kanadischen Rechtswissenschaft beigetragen haben, die sich unter anderem darin zeigt, dass wissenschaftlich interessierte Autoren zunehmend weniger Anreiz dazu haben, in einem Genre zu publizieren, das in einem Schnittbereich zwischen praktischer und akademischer Befassung mit Recht verortet ist.

Commentaries in South African Private Law

An Indispensable yet Insufficent Form of Scholarship

Alistair Price[*]

I. Introduction

Legal commentaries have played a relatively modest role in South African legal discourse to date. That is especially true in relation to private law, the focus of this chapter.[1] But it is also true of other substantive branches of South Africa law including constitutional, administrative, and criminal law.[2] Their role is modest compared to that played by commentaries in codified civilian systems, such as Germany, Austria, and Switzerland.[3] Instead, other

---

[*] I am grateful to Jessica Ploss and Quentin de Plessis for their help in writing this chapter. This work is based on research supported by the National Research Foundation of South Africa.

[1] By which I mean the law of persons (including of families, companies, and other associations), the law of property (including intellectual property, transfer, and succession), and the law of obligations (delict, unjustified enrichment, and contract, including special contracts such as employment). I therefore elide the distinction often drawn in South Africa between private and commercial law.

[2] Adjectival law, by contrast, is relatively well-served by legal commentaries. On civil procedure, see, e.g., *D.E. van Loggerenberg/E. Bertelsmann,* Erasmus Superior Court Practice, 2015; *D. Harms,* Civil Procedure in the Superior Courts, 2nd edn., 2016; *D.E. van Loggerenberg,* Jones and Buckle: Civil Practice of the Magistrates' Courts in South Africa, 10th edn., 2011. On criminal procedure, see *S. Terblanche,* Du Toit: Commentary on the Criminal Procedure Act, 2018; *N.C. Steytler,* Constitutional Criminal Procedure: A Commentary on the Constitution of the Republic of South Africa, 1998.

[3] See the definitive studies in *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, and *D. Kästle/N. Jansen,* Kommentare in Recht und Religion, 2014.

forms of legal scholarship have tended to predominate,[4] including textbooks – both introductory and more scholarly – as well as journals, monographs, practitioner manuals, casebooks, and the comprehensive encyclopaedia of South African law, LAWSA.[5]

Yet, it is likely that legal commentaries will grow in importance in South Africa over the course of the 21st century, even if the comprehensive codification of private law remains unlikely. Since the advent of the democratic era in 1994, heralded by the coming into force of the Constitution and its Bill of Rights,[6] Parliament has enacted a widening range of statutes designed to pursue social programmes and to give effect to constitutional rights,[7] which supplement or reform branches of private law. These, in turn, have led to the publication of new forms of legal commentary, sometimes inspired by the civilian model. Commentaries of this nature are a welcome addition to the landscape of South African legal scholarship, given the important functions that they are well-suited to play. In particular, commentaries that synthesize the ever-expanding body of statutory law with pre-existing private law, in a readily accessible and practical way, are more needed than ever.

At the same time, however, South African private law continues to face two fundamental challenges that cannot adequately be met by legal commentaries as a form of legal scholarship.[8] On the one hand, there is a persisting need to rationalize the ancient forms of action in the fields of property and obligations that South African private law inherited ultimately from Roman law. On the other hand, all South African law, including private law, must be developed or reformed in order to promote the values of the democratic Constitution. Both of these challenges require critical and creative doctrinal scholarship that, in the absence of a comprehensive private-law codification, is unconstrained by any particular reference text. It is difficult to see how the medium of the traditional commentary on the civilian model could be appropriate to these tasks. The upshot, therefore, is that legal commentaries have

---

[4] For an historical overview of South African private law scholarship, see *R. Zimmermann/D. Visser,* Introduction, in: *iidem* (eds.), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, 1996, 1–30, 19–30.

[5] *W.A. Joubert* (Founding Editor), The Law of South Africa, 63 vols., the first volume of which appeared in 1976.

[6] The interim and final Constitutions, with their respective bills of rights, came into force during 1994 and 1997 respectively, profoundly altering South Africa's legal and political system. All references throughout this chapter are to the final Constitution of 1996 and its Bill of Rights to be found in Chapter two therein.

[7] See *A. Price,* The Influence of Human Rights on Private Common Law, South African LJ 129 (2012), 330–374, 373 Fn. 171.

[8] On these two challenges, see *H. Scott,* The Death of Doctrine? Private-Law Scholarship in South Africa Today, in: J. Basedow/H. Fleischer/R. Zimmermann (eds.), Legislators, Judges, and Professors, 2016, 221–248, 234–238.

an indispensable, but insufficient, contribution to make to the continuing health of South African private law.

This chapter justifies these propositions in four steps. I first explain why commentaries have played a relatively modest role to date in relation to private law, given the history and nature of our legal sources. The rather sporadic fields of law that are covered by scholarly commentaries are then set out, followed by an account of the character and functions of those commentaries. I conclude by explaining why legal commentaries are needed, but alone are inadequate, for the flourishing of South African private law in the future.

II. Why Commentaries Have Played a Modest Role

Why do commentaries play a modest role in relation to South African private law? The answer lies in the history and character of the sources of law in this context.[9] South African private law is uncodified and of a "mixed" character. It is a complex blend of legal ideas and institutions deriving from at least three very different sources.

The first is the uncodified Roman-Dutch law brought to the Cape by Dutch colonizers and applied there in newly established courts from the seventeenth century onwards.[10] This amalgamation of Roman law and Dutch custom, constituted by contemporaneous legislation and decisions of the Dutch courts, legal opinions, and the magisterial treatises of the Dutch jurists or "old authorities", including *Johannes Voet* and *Hugo Grotius,* provided a "bedrock of principle",[11] on which South African private law was built.[12] The original core of South African private law therefore was – and remains – of a civilian character, which is immediately recognizable to historically-informed continental lawyers. In delict, for instance, one still sues under the developed *actio legis Aquiliae* or *actio iniuriarum;* after rescinding one's contract, one may obtain *restitutio in integrum;* one may recover a mistaken payment by way of the *condictio indebiti;* and the *rei vindicatio* still lies to recover one's property. Phrases such as the *actio quanti minoris, stipulatio alteri,* and *ius in re aliena,* to take a few more examples, are to be heard daily on the lips of contemporary South African lawyers.

[9] As David Ibbetson explains, the term "sources of law" can be used historically (i.e., to explain where the law came from) or analytically (i.e., to identify the legal rules applicable to some legal situation): *D. Ibbetson,* Sources of Law from the Republic to the Dominate, in: D. Johnson (ed.), The Cambridge Companion to Roman Law, 2015, 25–44, 25. I use the term in both senses here.

[10] See, e.g., *E. Fagan,* Roman-Dutch Law in its South African Historical Context, in: Zimmermann/Visser, Southern Cross (n. 4), 33–65.

[11] *Scott,* The Death of Doctrine? (n. 8), 226.

[12] See, e.g., *J.C. de Wet,* Die Ou Skrywers in Perspektief, 1988.

The second source is English substantive and procedural law. Following the adoption by South African courts of the doctrine of precedent and English-style legal procedures in the 19th century and the advent of law reporting,[13] they grafted numerous English legal rules onto Roman-Dutch principles in the course of adjudication over time. Prominent examples include the doctrines of estoppel, innocent misrepresentation, the undisclosed principal, and fair comment as a justification for defamation. Many of these substantive rules remain part of modern South African law,[14] notwithstanding a "purist" reaction against English influence during the late twentieth century.[15] But the most significant consequence of transplanting English legal ideas has been the growth of a body of South African judicial precedents as an autonomous and binding source of law. These judgments, written in the narrative style reminiscent of the English courts, have over time interpreted, abolished, extended, and truncated legal rules and principles of Roman-Dutch, English, and local origin. Thus in practical terms, domestic precedents have come to outstrip the older European sources, and references to the "old authorities" have become ever rarer in contemporary practice.

The third source of South African private law is indigenous African customary laws as developed in traditional communities.[16] Customary laws primarily regulate family matters and associated property and inheritance questions. Their applicability is determined by a set of principles focusing on the parties' choice, the nature and social context of their interaction or transaction, and – if more than one version of customary law is potentially relevant – territoriality.[17] Importantly, the courts have emphasized the difference between "official" customary law, as expressed in judicial precedent, legislation, and academic literature, and unwritten "living" customary law, as practised in traditional communities and applied by traditional authorities. Where appropriate, the courts will give force to the latter.[18]

These three sources – Roman-Dutch, English, and African – as developed by the courts in a large and growing corpus of judicial precedent and case-

---

[13] *Zimmermann/Visser,* Introduction (n. 4), 15.

[14] See, e.g., *O.D. Schreiner,* The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa, 1967.

[15] See, e.g., *C.F. Forsyth,* In Danger for Their Talents, 1985, 182–224.

[16] See, e.g., *T.W. Bennett,* Customary Law in South Africa, 2004; *C. Himonga/ T. Nhlapo,* African Customary Law in South Africa, 2014. Section 211 (3) of the Constitution provides that "The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law."

[17] *F. du Bois,* Wille's Principles of South African Law, 9th edn., 2007, 102.

[18] *Alexkor Ltd and Another* v. *The Richtersveld Community* 2004 (5) SA [South African Law Reports] 460 (CC), para 53; *Bhe* v. *Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) SA 580 (CC), paras 110–111; *Shilubana and Others* v. *Nwamitwa* 2009 (2) SA 66 (CC), paras 46 and 81.

law, provide the core of South African private law.[19] The resulting, "mixed" system of legal rules and principles is, as mentioned, uncodified. Nor has this area of law been authoritatively re-expressed in anything akin to the Restatements of the Law produced by the American Law Institute. Therefore, like common law systems, South African private law simply lacks a salient *Referenztext* to which academic legal commentaries could refer and comment upon, provision by provision.

Instead, if for a moment we discount the historical significance of the treatises of the Dutch "old authorities",[20] the dominant and most important form of academic literature on South African private law has been the academic textbook or *Lehrbuch.*[21] These vary in length and scholarly ambition. But the best of them carry the torch that was lit during the late nineteenth and early twentieth centuries by pioneering judges, practitioners, and scholars including *Sir Andries Maasdorp,*[22] *Melius de Villiers,*[23] *Sir John Wessels,*[24] *George Wille,*[25] and *R. W. Lee.*[26] In a manner comparable to their Dutch forebearers, these "quasi-institutional writers"[27] referred predominantly to Roman and Roman-Dutch sources and, where appropriate, updated their accounts by reference to modern developments. Given the relative youth of South African private law and the small number of local cases, there were deficiencies in judge-made law that could not always be addressed by reference to Roman-Dutch or English authorities alone. Thus, these writers responded to:

---

[19] These sources are referred to as the "three Graces of the South African legal system […] civil law, common law, and customary law" in *Zimmermann/Visser,* Introduction (n. 4), 15.

[20] Interestingly, an English translation of *J. Voet,* Commentarius ad Pandectas, 2 vols., Leiden, 1698/1704, is available on the South African version of the LexisNexis online database. As is well known, Voet's "commentary" first explained Roman law and then the law of his own time, citing relevant authorities. Although he followed the order of the Digest titles, he arranged the material within each title quite differently.

[21] This is not to discount the tremendous contribution of journal articles since the founding of the Cape Law Journal (now the South African Law Journal) in 1884, a year earlier than the first volume of the Law Quarterly Review.

[22] *A. F. S. Maasdorp,* The Institutes of Cape Law: being a compendium of the common law, decided cases and statute law of the Colony of the Cape of Good Hope, in four volumes, 1903.

[23] *M. de Villiers,* The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries: A Translation of Book 47, Title 10, of Voet's Commentary on the Pandects, with annotations, Cape Town, 1899.

[24] *J. W. Wessels,* History of Roman-Dutch Law, 1908.

[25] *G. Wille,* The Principles of South African Law, 1937.

[26] *R. W. Lee,* An Introduction to Roman-Dutch Law in South Africa, 1915. Unlike the others mentioned here, Lee was a professor at McGill University and at Oxford.

[27] *Scott,* The Death of Doctrine? (n. 8), 229.

> "a practical need for legal material that would mediate between its historical foundations and its contemporary challenges by restating the rules and principles of South African law in a manner that reflected contemporary thought and concerns."[28]

The outstanding example of work in this vein during the mid-twentieth century was that of *J. C. de Wet.*[29] His book, „Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handeslreg", first published in 1949,[30] employed a "civilian method" – what may be termed *die wissenschaftlich-dogmatische Behandlung des Rechts.*[31] That is, De Wet attempted to design a coherent set of legal concepts and principles of contract law, based on the historical development of the law, which did not regard judicial precedents as determinative of the law. This form of literature differs from the traditional English legal textbook, which often adopted a narrative style that told an unfolding story of the authoritative case law as it developed.[32] As a genre of scholarship, it also differs markedly from a typical civilian legal commentary, given the absence of a statutory reference text, the wide range of materials (e.g. historical, comparative, and theoretical) drawn upon, and the degree of scholarly creativity or system-building involved.

Consequently, the South African private law textbook may contain (to varying degrees) a mixture of statements of present law, historical description, together with a discussion of legal theory, and may present legal arguments which the reader – whether a judge, practitioner, academic, or student – may find more or less convincing.[33]

III. Fields of Law Covered by Commentaries

Judge-made law, historically based on Roman-Dutch and English sources, is referred to as "common law" in South Africa. As explained in the previous

---

[28] *Du Bois,* Wille's Principles (n. 17), 112.

[29] See *J. du Plessis/G. Lubbe,* A Man of Principle: the Life and Legacy of JC de Wet, 2013.

[30] See now *J. C. de Wet/A. H. van Wyk,* De Wet en Yeats, Die Suid Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg, 5th edn., 1991.

[31] *N. Jansen,* Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs: Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in this volume, 25–44.

[32] *Scott,* The Death of Doctrine? (n. 8), 231 refers as an example to *E. Peel/J. Goudkamp,* Winfield & Jolowicz on Tort, 19th edn., 2014.

[33] An exemplary contemporary example is *D. Visser,* Unjustified Enrichment, 2008. Not all private law textbooks follow such a model, however. For example, *J. Neethling/J. Potgieter,* Neethling, Potgieter and Visser's Law of Delict, 7th edn., 2015, which is a leading delict text, "takes the form of a series of abstract, quasi-legislative propositions. Discussion of cases is generally confined to voluminous footnotes": *Scott,* The Death of Doctrine? (n. 8), 231.

section, the history and substantive content of our common law is obviously quite different to the common law(s) of England and Wales, the United States, Canada, New Zealand, Australia, and so forth.

Yet there is no field of what may be called "private common law" in South Africa today that remains untouched by the work of the legislator. Many important areas are "governed by what are, in effect, mini-codifications".[34] This was already reflected in the 1917 Bachelor of Laws syllabus at the University of Cape Town which, in its fourth and final year alongside "Roman-Dutch Law as in force in the Union of South Africa" and "English Law", included: "Statute Law: Insolvency, Company Law, Magistrate's Courts, Criminal Procedure, Bills of Exchange, Prescription, Administration of Estates, Irrigation."[35]

In the present day, important areas of private law that are substantially regulated by statute include company law,[36] insolvency,[37] intellectual property,[38] employment law,[39] marriage,[40] child law,[41] privacy and data protection,[42] and consumer protection.[43] Unsurprisingly, the fields in relation to which legal commentaries on the civilian model have emerged, are among those regulated by legislation which are also frequently applied in practice. The statute provides the reference text; its frequent application triggers the demand for a practically-orientated commentary.

Thus company law is well-served by literature in this form. "Henochsberg on the Companies Act" is a trusty stalwart to the commercial lawyer.[44] So too was *Blackman's* "Commentary on the Companies Act",[45] before it was superseded, following the enactment of a new Companies Act in 2008, by a new commentary edited by *Jacqueline Yeats* and a team of twelve co-authors.[46]

---

[34] *Du Bois,* Wille's Principles (n. 17), 65.

[35] As quoted in *Zimmermann/Visser,* Introduction (n. 4), 23.

[36] Companies Act 71 of 2008.

[37] Insolvency Act 24 of 1936.

[38] Copyright Act 98 of 1978; Patents Act 57 of 1978; Trademarks Act 194 of 1993.

[39] Labour Relations Act 66 of 1995; Basic Conditions of Employment Act 75 of 1997; Employment Equity Act 55 of 1998.

[40] Divorce Act 3 of 1992; Marriage Act 25 of 1961; Matrimonial Property Act 88 of 1984; Civil Union Act 17 of 2006; Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998.

[41] Children's Act 38 of 2005; Child Justice Act 75 of 2008; Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996.

[42] Protection of Personal Information Act 4 of 2013.

[43] National Credit Act 34 of 2005; Consumer Protection Act 68 of 2008.

[44] *E. Henochsberg,* Henochsberg on the Companies Act, 1953, of which five editions were published. The latest iteration is *P. Delport,* Henochsberg on the Companies Act 71 of 2008, 2011, which is updated annually by way of revision service.

[45] *M.S. Blackman/R.D. Jooste/G.K. Everingham,* Commentary on the Companies Act, 2002, which was also regularly updated by a revision service.

[46] *J.L. Yeats,* Commentary on the Companies Act of 2008, 2017.

Consumer law is comprehensively treated in *Naudé* and *Eiselen's* "Commentary on the Consumer Protection Act".[47] Child law is treated in *Davel* and *Skelton's* "Commentary on the Children's Act".[48] Employment lawyers have had the benefit of numerous commentaries.[49] Data protection legislation too is analyzed in this manner.[50] On the other hand, the further branches of statutory private law mentioned above – intellectual property, insolvency, and marriage – are treated in textbooks and practice manuals.[51]

Commentaries have also been written about certain other branches of South African substantive law beyond private law.[52] Constitutional law, and the Bill of Rights in particular,[53] have received repeated scholarly comment.[54] This is perhaps unsurprising given the historical importance of the democratic Constitution of 1996 and its ambition to transform South African law and society.[55] Among these works, "Constitutional Law of South Africa" (or "CLOSA"), edited by *Stuart Woolman* and *Michael Bishop,* stands out for its comprehensiveness.[56] Commentaries on mining law,[57] construction,[58] land

---

[47] *T. Naudé/S. Eiselen,* Commentary on the Consumer Protection Act, 2014.

[48] *C.J. Davel/A. Skelton,* Commentary on the Children's Act, 2007.

[49] *C. Thompson/P. Benjamin,* South African Labour Law, 1994; *F. Rautenbach,* Commentary on the new labour law: The Labour Relations Act 1995 and rules, 1996; *M. Brassey,* Employment and Labour Law: Commentary on the Labour Relations Act, 1998; *B. Jordan/S. Stelzner,* Labour Arbitration: With a Commentary on the CCMA Rules, 2011; *P. Kantor,* CCMA: A Commentary on the Rules of the Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration, 2015.

[50] *Y. Burns/A. Burger-Smidt,* A Commentary on the Protection of Personal Information Act, 2018.

[51] See, e.g., *C.E. Webster/G.E. Morley,* South African Law of Trademarks, Unlawful Competition, Company Names and Trading Styles, 4th edn., 1997; *E. Bertelsmann et al.,* Mars: The Law of Insolvency in South Africa, 10th edn., 2019; *B. Clark et al.,* Family Law Service, 1998.

[52] See n. 2 for commentaries on civil and criminal procedure.

[53] See n. 6 above.

[54] *Y. Mokgoro/P. Tlakula,* Bill of Rights Compendium, 1996; *D. Davis/H. Cheadle/N. Haysom,* Fundamental Rights in the New Constitution: Commentary and cases, 1997; *G.E. Devenish,* A Commentary on the South African Constitution, 1998; *idem,* A Commentary on the South African Bill of Rights, 1999; *D. Davis/H. Cheadle/N. Haysom,* South African Constitutional Law: The Bill of Rights, 2005; *I. Currie,* The Promotion of Administrative Justice Act: A Commentary, 2nd edn., 2007.

[55] See, e.g., *Price,* The Influence of Human Rights on Private Common Law (n. 7), 362–366.

[56] *S. Woolman/M. Bishop* (eds.), Constitutional Law of South Africa, 2nd edn., 2006 ("CLOSA").

[57] *P.J. Badenhorst/H. Mostert,* Mineral and petroleum law of South Africa: commentary and statutes, 2004; *P. Masilo/G. Rautenbach,* Commentary on the Mine Health and Safety Act and Regulations, 2008.

tenure,[59] and sexual offences have also been produced.[60] In the pre-democratic era, one also finds commentaries on the Immorality Act of 1957 and Matrimonial Affairs Act of 1953.[61]

IV. The Character and Functions of South African Commentaries

South African legal commentaries tend to follow the typical structure familiar to the contemporary civilian lawyer: each provision of the reference text – whether statutory, constitutional, or regulatory – is reproduced in order and followed by exegesis and explanation. Beyond this, however, there is no shared conception or settled expectation among South African lawyers as to the proper functions of the legal commentary over and above the needs to promote a sound understanding of the law in question and to guide its application to real-world disputes. Accordingly, while some commentaries have a limited, practical orientation, others engage in a degree of evaluation and criticism of the law or even comparative or historical analysis.

The leading commentary on constitutional law and constitutional rights, "CLOSA",[62] goes further by adopting what may be called a "monograph chapter" model. Many of its chapters treat their subject – for example, the founding constitutional value of democracy,[63] or the rights to equality[64] or freedom of expression[65] – at a level of detail reminiscent of a short monograph, including not only a detailed analysis and appraisal of relevant case law, but also a more or less conclusive exploration of underlying theoretical justifications. While this certainly deepens the readers' understanding of the constitutional provisions in question, it comes at a cost for quick usability in the hands of the busy practitioner.

---

[58] *W. Le Roux/P. Colyn/C. Coles,* Commentary to the Construction Regulations 2014, 2014; *E. Finsen/S. Segal,* Finsen's The Building Contract: A Commentary on the JBCC Agreements, 2018.

[59] *A. Mahomed et al.,* Understanding Land Tenure Law: Commentary & Legislation, 2008.

[60] *D. Smythe et al.,* Sexual Offences Commentary: Act 32 of 2007, 2011.

[61] *G. Hardie/G. Hartford,* Commentary on the Immorality Act 23 of 1957, 1960; *J.L.L. Sisson,* A Commentary on the Matrimonial Affairs Act, 1953.

[62] *Woolman/Bishop,* CLOSA (n. 56).

[63] *T. Roux,* Democracy, in: Woolman/Bishop, CLOSA (n. 56), chapter 10.

[64] *C. Albertyn/B. Goldblatt,* Equality, in: Woolman/Bishop, CLOSA (n. 56), chapter 35.

[65] *D. Milo/G. Penfold/A. Stein,* Freedom of Expression, in: Woolman/Bishop, CLOSA (n. 56), chapter 42.

The outstanding contemporary example of the genre of scholarship in question on South African private law is the "Commentary on the Consumer Protection Act" edited by *Tjakie Naudé* and *Sieg Eiselen* with a team of twelve co-authors.[66] The work is self-consciously modelled on the "Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts",[67] which provides another example of the influence of civilian culture on South African legal literature. Hence we see a section-by-section analysis of the Consumer Protection Act 68 of 2008 referring comprehensively to relevant case-law and complementary legislation, but aimed first and foremost at facilitating the Act's practical application. Interestingly, the "Commentary" performs two further functions. First, it attempts to synthesize and integrate the far-reaching and not always clear provisions of the Act with the general law of contract as well as the specific contracts of sale, lease, mandate, the letting and hiring of work, and deposit.[68] Such work is indispensable where apparent conflicts between a new statute and pre-existing common law and legislation threaten to undermine the coherence of the law as a whole and to frustrate attempts by consumers and suppliers alike to conform their behaviour with the law, thereby potentially undermining the fulfilment of the new Act's purposes. Where necessary, therefore, the commentary proposes constructive interpretations of otherwise opaque provisions.[69]

Second, the "Commentary" contains numerous comparative references and a significant amount of prescriptive argument, perhaps more than is customarily found in a typical book of this nature.[70] It criticizes numerous provisions

---

[66] *Naudé/Eiselen,* Commentary (n. 47).

[67] *S. Vogenauer/J. Kleinheisterkamp* (eds.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2008. Now in its second edition, published in 2015.

[68] See, in particular, chapter 1, "Introduction and overview of the Consumer Protection Act" and chapter 2, "The impact of the CPA on the law of contract and on specific contracts". Other examples include the attempts to synthesize (1) section 48 of the Act, which prohibits unfair terms in consumer contracts, with the general common law's control of unfair contract terms; and (2) section 61, which imposes strict liability for harm caused by defective products, with the common law of delict and the Prescription Act 68 of 1969.

[69] See, e.g., the argument (*Naudé/Eiselen,* Commentary [n. 47], Revision Service 3, 2018, 69-2) that section 69 of the Act contains an "implied hierarchy" or order in which a consumer must approach the Consumer Commission, Consumer Tribunal, industry ombudsman, consumer court, alternative dispute resolution agent, or ordinary court for relief. There is lamentable uncertainty in this regard, so the consumer cannot always be sure which institution must be approached first.

[70] See, e.g., the comparative references to the laws of England and Wales, the United States, Germany, the Netherlands, Singapore, and the European Union in the commentary on section 61 (*Naudé/Eiselen,* Commentary [n. 47], Original Service, 2014, 61-1, 61-29) imposing strict liability for defective products. Comparative references can also be found, e.g., in *Yeats,* Commentary on the Companies Act (n. 46); see, e.g., the commentary on

in the Act and in fact proposes the amendment, *inter alia,* of sections 48 (unfair, unreasonable or unjust contract terms), 52 (powers of court to ensure fair and just conduct, terms and conditions), and 69 (enforcement of rights by consumer). This degree of critique may partly be due to the customary willingness of South African private law scholars to evaluate the law and prescribe legal solutions. It is probably also the result of substantial weaknesses in the Act's drafting.

V. The Future of Commentaries in South African Private Law

In the introduction to this chapter, I claimed that even though legal commentaries have played a relatively modest role in relation to South African private law to date, they will have an indispensable contribution to make to the continuing health of this body of law. In fact, they are likely to grow in importance, even if – and especially because – it is unlikely that our Parliament will choose to undertake a wider codification of private law.[71]

Commentaries are already important in some of the fields of private law predominantly regulated by legislation, including company and employment law. Other, relatively-neglected areas already covered by mini-codifications would only benefit from the production of practically-oriented legal commentaries. Furthermore, there is every prospect that Parliament will continue to enact new legislation that reforms and supplements the existing law applying to economic, personal, and other non-governmental activities. As the statute book grows, so too will the need for academically-informed commentary to explain how the "new" is to be integrated with the "old", especially if preexisting law remains an uncodified patchwork of common law and legislation. For without a continual intellectual effort of synthesis, there is a risk that private law's coherence will erode over time. That, in turn, may lead to incomprehension on the part of those the law ought to guide, including the public and the courts, and ultimately to injustice and the frustration of Parliament's goals.

---

sections 4 (solvency and liquidity test) and 35 (capitalisation of profit companies) of the Companies Act.

[71] In my view, any attempt to codify South African private law at this stage of its history would be unwise for two reasons. First, it is unclear whether our substantive private law has attained the kind of structural and conceptual stability that ought to precede codification. Second, it is uncertain whether Parliament is presently capable of producing a comprehensive code that would improve our private law. For a study of the historical conditions for the European codifications in the 18th and 19th centuries, see *R. Zimmermann,* Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law, European Review of Contract Law 8 (2012), 367–399.

Naudé and *Eiselen's* attempt to integrate the new consumer laws with existing contract laws provides a valuable example of work of this kind.

Yet, as important as commentaries are becoming, the future flourishing of South African private law will depend on other forms of doctrinal scholarship too. That is because commentaries are ill-suited to addressing two fundamental challenges faced by our private law. These were also briefly set out in this chapter's introduction.[72] In the first place, much doctrinal work still needs to be done to rationalize the ancient forms of action in the fields of obligations and property that South Africa inherited from Roman Law and Roman-Dutch Law, which our courts nonetheless apply on a daily basis.[73] One sees, for example, competing visions of the conceptual structure of the law of unjustified enrichment defended in a series of scholarly books published over the last ten years.[74] Comparable disagreement is apparent in the field of delict, to take a second example.[75] Many of these debates are not yet concluded. Others, no doubt, are still to be instigated. To take just three further examples, basic questions remain unanswered concerning the proper integration of the law of delict with nuisance, of the general law of obligations with fiduciary duties, and of private law with statutory schemes of public responsibilities. Given the nature of the sources of law involved, as well as the degree of academic creativity and system-building required to answer these questions, commentaries are simply inapposite to the task. For commentaries presuppose a relatively settled system of law.

The second challenge is how our private law ought to be developed in order to promote constitutional values and to comply with constitutional rights. I have described this challenge in detail elsewhere.[76] In short, it requires doctrinal scholarship to elucidate the current state of the law, often with reference to comparative, historical, or theoretical considerations, and to assess

---

[72] See *Scott,* The Death of Doctrine? (n. 8), 234–238, who refers to these challenges under two headings, namely, "Rationalising the uncodified ius commune" and "The normative influence of the Constitution must be felt throughout the common law".

[73] Another way to make the point is to say that doctrinal work is still required to move us from the "forms" of action to substantive rights and "causes" of action. In short, the work started by Donellus in the sixteenth century (see *P. Stein,* Roman Law in European History, 1999, 80–81) remains incomplete in South Africa.

[74] Compare *Visser,* Unjustified Enrichment (n. 33); *J. du Plessis,* The South African Law of Unjustified Enrichment, 2012; *H. Scott,* Unjust Enrichment in South African Law: Rethinking Enrichment by Transfer, 2013; *J.C. Sonnekus,* Unjustified Enrichment in South African Law, 2017.

[75] Contrast the "generalizing approach" to delict assumed, or defended, in *M. Loubser/ J.R. Midgley,* The Law of Delict in South Africa, 2nd edn., 2012, 15 ff., and in *Neethling/ Potgieter,* Delict (n. 33), 4 ff., as against the views expressed in *A. Fagan,* Undoing Delict, 2018, and *A. Price,* Aquilian Liability for Negligence and Proximity Considerations, in: Private Law in a Changing World: Essays for Danie Visser, 2019, 315–344.

[76] *Price,* The Influence of Human Rights on Private Common Law (n. 7).

constitutional arguments for and against legal reform. To a large degree it is connected with, indeed dependent upon, our response to the first challenge of rationalizing South Africa's uncodified and contemporary version of the *ius commune*. Again, it is difficult to see how the commentary could be a sufficient medium with which to advance these debates.

VI. Conclusion

I have argued that legal commentaries have played a relatively modest role in relation to South African private law thus far. Nonetheless, in certain of the fields of law primarily regulated by statute, including company, employment and consumer law, commentaries on the civilian model have been produced. These sometimes go beyond mere description and explanation of the law for practical purposes, to include substantial critique and an attempt to integrate the statute in question with the existing system of private law. Work of this nature is likely to grow in importance, even in the absence of comprehensive codification, as Parliament produces ever more statutory law affecting core areas of the law of property, obligations, and persons. Nonetheless, other forms of scholarship will remain crucial in order to rationalize our law and reorient it in the light of the imperatives of the democratic Constitution.

Commentaries in Israeli Law

Foundations and Future of a Mixed Legal System

Talia Einhorn

I. The Israeli Legal System – An Overview

Israel is the State of the Jewish People, a People held together during millennia of Diaspora by a common language, a distinct culture, and a law book – the *Halakhah,* the rules of which have continuously been analyzed, refined and developed by learned scholars, who wrote commentaries, codificatory works and *responsa* (case law). Israel, however, is not a halakhic state. Its legal system, often referred to as mixed, or hybrid, reflects only to a minor extent the *Halakhah.* Furthermore, whereas the *Halakhah* comprises the laws applicable between persons, as well as the precepts concerning man and God,

Israeli law refers only to those of its rules which are applicable between persons, designated as *mishpat ʻivri,* a term translated into English as Jewish Law.[1] The rules applying between persons and the precepts applying between man and God have a single and common source – the written and oral law, and share the same modes of interpretation and development. For example, purely business matters may be subject to the injunction "And thou shalt do that which is right and good in the sight of the Lord" (Deuteronomy 6: 18). Consequently, the term *Halakhah* will be used where appropriate.

The history of the Land of Israel resulted in Israel's legal system being built one layer over another. The layers are still visible today. The State of Israel was established in 1948. However, important parts of Israeli law can only be understood in light of the historical developments that took place especially since the 19th century, during the occupation of the Land of Israel by the Ottoman Empire (1517–1917), and during the British Mandate (1917–1948).

Certain parts of family law (e.g., marriage, divorce and maintenance, even though, with respect to maintenance, this is now true only to a limited extent), represent the oldest layer, a remnant of the *millet* system,[2] adopted by the Ottoman Empire, and retained by the British Mandate and the State of Israel.[3] They are, by and large, subject to the personal, religious laws of Israeli nationals or persons domiciled in Israel, who are Jewish, Muslim, or belonging to one of the recognized religious communities.[4]

Other parts of private law were imported from English law during the British Mandate (e.g., the Civil Wrongs Ordinance that codified the English common law at that time). In addition, the British Mandatory Authority introduced the English rules of civil procedure and evidence, as well as the common law system whereby the law is developed from one precedent to another.

Following the establishment of the State, the *Knesset* adopted separate statutes, reforming mainly contract law and property law, but also legal capacity and succession,[5] influenced above all, but not exclusively, by Conti-

---

[1] *M. Elon,* Introduction, in: *idem* (ed.), The Principles of Jewish Law, 1974, 5–46, 5.

[2] Under the *millet* system, the Jewish and Christian communities were granted the powers to regulate certain matters of personal status by specific charters issued by the Sultans, and the religious tribunals of these communities had, in general, exclusive jurisdiction over their members in matters of marriage, alimony and divorce, which were subject to their personal, i.e. religious, law. Cf. *A. Natour/T. Einhorn,* The Application of Islamic Law in Israel – Issues of Filiation between Secular and Religious Law, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 119 (2020), 1–40.

[3] *E. Vitta,* The Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine, 1947.

[4] These are the Eastern (Orthodox), Latin (Catholic), Gregorian Armenian, Armenian (Catholic), Syrian (Catholic), Chaldean (Uniate), Greek-Catholic – Melkite, Maronite, Syrian (Orthodox), the Druze (since 1957), Episcopal Evangelical (since 1970) and Baha'i (since 1971).

[5] The list of statutes includes the Capacity and Guardianship Law, 5722-1962, Agency Law, 5725-1965, Contracts (General Part) Law, 5733-1973, Contracts (Remedies for

nental European legal systems, especially German and Swiss law, the Companies Law, 5759-1999 being an exception as it draws, to an extent, on American legal sources.

At the outset, the Ministry of Justice considered that the separate statutes would one day become part of an integrated civil code. Israeli academics published commentaries to accompany the separate statutes. A Draft Civil Code was submitted to the *Knesset* in 2011,[6] but not adopted in view of the criticism of the Draft raised at the sessions of the *Knesset* Legislation Committee.[7]

As was stated above, in view of its historical development, the Israeli legal system is often referred to as mixed, or hybrid. Yet, it differs from other mixed jurisdictions, as it was not originally a civilian jurisdiction that was subsequently exposed to the influence of common law, but rather the other way around.[8] The origins of the various statutes notwithstanding, the style and method of legal development have, at all times since the British Mandate, remained in the tradition of the common law – from one precedent to another. Consequently, to find out what Israeli law says on any given matter, one must consult the case law, especially that of the Supreme Court, the decisions of which form binding precedents for courts of lower instance. By contrast, decisions of the district courts (which serve as appellate courts on judgments of the magistrate courts as well as courts of first instance in disputes involving large sums of money or ownership rights in property) do not yield binding precedents, but only provide guidance to the magistrate courts.

Breach of Contract), 5731-1970, Standard Contracts Law, 5741-1981, Consumer Protection Law, 5741-1981, Guarantee Law, 5727-1967, Pledges Law, 5727-1967, Assignment of Obligations Law, 5729-1969, Sales Law, 5728-1968, Gift Law, 5728-1968, Hire and Loan Law, 5731-1971, Bailees Law, 5727-1967, Unjustified Enrichment Law, 5739-1979, Land Law, 5729-1969, Movable Property Law, 5731-1971, Restoration of Lost Property, 5733-1973, Trust Law, 5739-1979, Spouses (Property Relations) Law, 5733-1973, Succession Law, 5725-1965. The separate statutes, as published in LSI [Laws of the State of Israel, the authorized English translation of Israeli legislation], were made available in: *A.M. Rabello* (ed.), European Legal Traditions and Israel, 1994, Appendix, 583–769. The LSI collection was published annually, with all statutes enacted in the respective year since the establishment of the State of Israel in 1948 until 1988/1989, 44 volumes altogether. Thereafter the publication of authorized translations of Israeli legislation was discontinued, with one exception. In 2000 a special volume was published, designated vol. 45, containing only the Companies Law, 5759-1999.

[6] Draft Civil Code, Bills (Government) 595 of 15 June 2011 (in Hebrew). For an English translation of an earlier version of the Draft, see *K. Siehr/R. Zimmermann* (eds.), The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective, 2008, 249–365. In particular, part 5 (Succession) and part 7 (General Provisions) have not been published in English translation.

[7] See *T. Einhorn,* The Common Law Foundations of the Israeli Draft Civil Code – A Critical Review of a Paradigm-Shifting Endeavor, RabelsZ 80 (2016), 93–129.

[8] *R. Zimmermann,* Preface, in: Siehr/Zimmermann, The Draft Civil Code (n. 6), V.

It is noteworthy that the Israel Supreme Court may depart from its former precedents. Unlike the situation obtaining in the English common law system, kept together by binding precedents that are constantly analyzed and debated by lawyers and academics, and corrected at times by Parliament, the Israeli Supreme Court has been far less hesitant to deviate from its own precedents than the English courts have been. Moreover, confident judges of lower courts also tend to depart from earlier precedents, especially if they had been given several years before, and do not seem to provide a just solution to the case at hand.

The fact that the district courts, each sitting in a different geographical district, reach conflicting decisions in the same matter, does not in itself provide a ground for the Supreme Court to determine the proper rule of law. Since there is no rule providing that differences of opinion, among the district courts that are located all over the country, must be decided by the Supreme Court, many cases never reach the Supreme Court, and even when they do the Supreme Court is often satisfied with solving the case at hand, without pronouncing on the rule of law that should prevail. Such reluctance frustrates the parties' legitimate expectations to know in advance the correct rule of law according to which they must conduct their activities, and does not bode well for a system that is predicated upon binding precedents.

The courts of the young State of Israel, charged with solving cases in a budding legal system that had not yet developed sufficient case law and legal doctrine, had to turn rather often to the methods used to solve *lacunae* in the legal system. Until 1980, this was done in accordance with the provisions of Article 46 of the Palestine Order in Council, enacted by the British Government in 1922, following the approval of the British Mandate for Palestine by the League of Nations. Under Article 46, gaps in Israeli law, especially in those areas which were not reformed by the *Knesset,* were filled by Israeli courts turning to English Common Law and Equity. Israeli lawyers had to be versed in English law no less than in Israeli law.

In 1980, the *Knesset* enacted the Foundations of Law, 5740-1980 (hereafter – "Foundations of Law"), that severed the ties to English Common Law, by repealing Article 46. This law provides that,

> "[w]here the court, faced with a legal question requiring decision, finds no answer to it in statute law or case-law or by analogy, it shall decide it in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Jewish Law and Israel's heritage".[9]

The "Foundations of Law" was intended to bring the two traditions – that of modern Israel's mixed system and that of Jewish law – together.

---

[9] The words "Jewish Law" (*mishpat ʿivri*) were inserted in an amendment adopted by the *Knesset* on 1 May 2018. The term "Israel" in "Israel's heritage" means the Jewish People.

In the following sections, this endeavor will be analyzed critically, by studying the textual basic structures of the *Halakhah* and its commentaries of Jewish law (part II.), Israeli law and its commentaries (part III.), the discursive and institutional references of each of the above (part IV.), the reception and authority of legal literature (part V.), and concluding with the way forward (part VI.).

II. Textual Basic Structures I – The *Halakhah* and its Commentaries

The development of the *Halakhah* is an ongoing process, up to this day. The following is a very brief, and far from inclusive, summary of its main sources:[10]

1. The written Torah (the Pentateuch)

The written Torah is of binding authority and constitutes the eternal and immutable source of Jewish law. The halakhic scholars found in the Torah itself an exclusive delegation of authority to the halakhic scholars of every succeeding generation to interpret the written Torah and ensure its continuing evolution. According to Deuteronomy 17: 8–11,

> "[i]f a case is too hard for you to decide, be it a controversy over homicide, civil law, or assault – matters of dispute in your courts – you shall arise and go to the place that the Lord your God will have chosen, and come to the priests the Levites, and to the judge that will be in charge in those days, and present your problem. When they have announced to you the verdict in the case, you shall carry out that verdict that is announced to you from that place that the Lord chose, observing scrupulously all their instructions to you. You shall act in accordance with the instructions given you and the ruling handed down to you; you must not deviate from the verdict that they announce to you either to the right or to the left".

Consequently, each generation provided its commentaries, most notable among them being the *Rashi* (*R. Shlomo Itzhaki,* Troyes, France, 1040–1105, hereafter "Rashi") Commentary, printed in almost all Bible editions.[11] New

---

[10] For a comprehensive study, see *M. Elon,* Jewish Law – History, Sources, Principles, Ha-Mishpat Ha-Ivri, vol. III – The Literary Sources of Jewish Law (hereafter cited as "*Elon,* Sources"), 1994.

[11] An important edition of the Bible with its major commentaries, entitled "Mikraot Gedolot", provides the Biblical text with the commentaries of Rashi, R. Abraham Ibn Ezra (1089/1092 [Tudela, Spain] – 1164/1167]), Ha-Ramban (R. Moshe ben Nachman, Nachmanides, 1194 [Girona, Spain] – 1270 [Akko, Israel]), Rashbam (R. Shmuel ben Meir, one of Rashi's grandsons, ca. 1080 [Ramerupt, France] – ca. 1160), and Talmudic citations. An English translation of the Genesis edition of Mikraot Gedolot is available at <https://en.wikisource.org/wiki/Translation:Mikraot_Gedolot/Genesis/1:1>. A view of a

commentaries are published every year and all Israeli media channels include comments on the weekly portion of the Torah, connecting past and present and the lessons to be learned.

2. The Oral Torah

The function of the Oral Torah (the Mishnah and the Talmud) has been to interpret and concretize the written Torah. According to tradition, it was first given to Moses in Sinai and then delivered by word of mouth from one generation to another.[12]

a) The Mishnah

The Mishnah (literally coming from the Hebrew root meaning to repeat, and consequently, to learn and teach), comprises the Oral Torah, as edited and set down in writing by *R. Yehudah Ha-Nassi* in 189 CE, ca. 120 years after the destruction of the Temple and the loss of Jewish sovereignty in the Land of Israel. It is divided into six Orders (*sedarim*): *Zera'im* (mainly agricultural laws that apply in the land of Israel); *Mo'ed* – laws relating to the Sabbath and festivals; *Nashim* – family law; *Nezikin* – civil and criminal law and judicial procedure; *Kodashim* – slaughter, dietary laws and Temple sacrifices; *Tohorot* – laws of ritual purity and impurity.

Notable among its commentaries is the *Maimonides* (*R. Moshe ben Maimon,* born in 1135 in Spain and died in 1204 in Egypt) Commentary.[13] The Commentary covers all six Orders of the Mishnah. Its purpose, as explained by *Maimonides,* was four-fold: (i) to clarify the correct interpretation of the Mishnah, without need to study the lengthy discussions in the Talmud, that go from subject to subject adding proofs, questions and answers; (ii) to provide the legal rulings that must be followed in practice; (iii) to teach how to

---

Hebrew page is available at <https://archive.org/stream/The_Second_Rabbinic_Bible_Vol_1/1#page/n13/mode/2up>.

[12] This tradition goes back to the beginning of the mishnaic Tractate "Sayings of the Fathers" (*Pirkei Avoth*), Ch. 1: 1 – "Moses received the Torah at Sinai and transmitted it to Joshua, Joshua to the elders, and the elders to the prophets, and the prophets to the Men of the Great Assembly." The Men of the Great Assembly were an assembly of 120 scribes and sages, in the period from the end of the Biblical prophets, established at the early Second Temple period (which started around 516 BCE) until the early Hellenistic period (which began with Alexander's conquests of 333–332 BCE). In its second verse, the tractate lists five *zugot* (pairs) of scholars, who received the tradition in the next stage, the first of each pair usually the *nassi* (President), the titular leader of the Jewish People, and the second – the president of the court. They were succeeded by five generations of *tannaim* (the sages who further developed the Mishnah), all together bringing us up to R. Yehudah Ha-Nassi, who redacted the text of the Mishnah in the form we have today.

[13] Regarding the Maimonides Commentary and its two editions, as well as other commentaries, on the Mishnah, see *Elon,* Sources (n. 10), 1106–1110.

analyze matters precisely and understand them; (iv) to make the rules constantly accessible in an organized manner to anyone versed in the *Halakhah.*

b) The Babylonian Talmud

The Babylonian Talmud (*Talmud* means literally learning) is the work that includes both the Mishnah and its discussion by the *amoraim,* the seven generations of sages after the redaction of the Mishnah who, following the expulsions from Judea, joined the Jewish community living in the Babylonian Diaspora since the destruction of the First Temple at 586 BCE, as well as by *amoraim* living in the Land of Israel at the same period.

The Babylonian Talmud explicates the Mishnah and all the different commentaries and points of view provided on the Mishnah, by debating and deliberating, comparing, consolidating and harmonizing the various laws in the Mishnah, and deciding which of the conflicting opinions is to be accepted as law. But, unlike the Mishnah, the Talmud is a collage of many sources, strata from the different periods and generations, different authors and editors and different *yeshivot* (academies of halakhic studies). Each *yeshivah* taught the Talmud according to its own approach.

The redaction of the Talmud by *R. Ashi* and *Ravina* (of the last generation of *amoraim*), completed in the 5th century CE, was accomplished by compiling and arranging the materials studied in the *yeshivot,* according to the sequence of the tractates of *R. Yehudah Ha-Nassi's* Mishnah. In addition to the interpretations and explanations of the Mishnah, the Talmud includes *responsa* (recorded rulings and decisions rendered by halakhic authorities in response to questions submitted in writings), legislative enactments, customs, rules for decision making and canons of interpretation. However, the Babylonian Talmud covers only 36 of the Mishnah's 63 tractates. The laws that were not applicable in the Diaspora (e.g., those relating to agriculture that only applied in the Land of Israel and those relating to ritual purity and impurity) were not compiled in a final and definitive form.

The Talmud's most important Commentary was authored by *Rashi.*[14] The hallmark of *Rashi's* commentary is its precise and clear language, not one single word is redundant. The most complex discussions are explained in a manner that can provide guidance even to a novice to the study of the Talmud, but at the same time it is most helpful also to accomplished Talmudic scholars. *Rashi's* Commentary has been accepted as the classic commentary. It is published in all editions of the Talmud, alongside the Talmudic text on the inside of the margin of every page.

---

[14] Regarding Rashi's Commentary, see *Elon,* Sources (n. 10), 1116 f. Other commentaries on the Babylonian Talmud are discussed at 1113–1117. A guide to the layout of a Talmud page (in English) is available at <http://murals.wbtla.org/uploads/2/4/7/9/24790045/talmud_layout_(1).pdf>.

Tosafists were medieval rabbis (12th–15th century) from France and Germany who authored critical commentaries on the Talmud, in the framework of *Tosafot* (additions) to *Rashi's* Commentary, published in the editions of the Talmud, alongside the Talmudic text, on the outside of the margin of every page.

As a matter of principle, to decide a problem in Jewish law, even today, the legal technique applied is basically the effort to determine the Talmudic rule and apply it properly to the concrete case. Consequently, the in-depth study of the Talmud and its commentaries has never ceased and continues to this day.

c) The Jerusalem Talmud (Talmud Yerushalmi)

The Jerusalem Talmud was redacted in the Land of Israel. As a consequence of the difficult political conditions in the Land of Israel during the 5th century CE, when this Talmud was redacted, the sages could not achieve an orderly and definitive redaction. The Jerusalem Talmud was compiled on the first four Mishnaic Orders, and consequently included the *Zeraʿim* Order concerning the agricultural laws applicable only in the Land of Israel, absent from the Babylonian Talmud. A principle established in a later period determined that both the Babylonian and the Jerusalem Talmud were authoritative; however, in case of a conflict, the Babylonian Talmud prevailed.[15] Most notable among its commentaries is the *Gaon of Vilna's* (*R. Elijah ben Shlomo-Zalman,* 1720–1797) Commentary.

3. The Codificatory Works

a) The Mishnah

Arguably, the Mishnah was a codification of the *Halakhah* at ca. 200 CE, as it embraced within its six orders the whole framework of Jewish Law at that time.[16] The need for such a codification emerged due to the political situation prevailing in the Land of Israel following the destruction of the Temple. Previously, the uniformity of the *Halakhah* was maintained by the *Sanhedrin* – the supreme judicial and legislative body of the people. A rule decided by the majority of the *Sanhedrin* became the law. But, as the powers of the *Sanhedrin* dwindled in the half century preceding the destruction of the Temple due to the intensification of disputes between different factions within the Jewish

---

[15] See, e.g., *S. Assaf* (ed.), Hai Gaon, in: Teshuvot Ha-Geonim, 1929, 125–126; and further references in: *Elon,* Sources (n. 10), 1098. The "Teshuvot Ha-Geonim" contain *responsa* of the *Geonim,* the heads of the Talmudic academies (*yeshivot*) from the end of the 6th century CE until the middle of the 11th century CE in the west and the 13th century CE in the east.

[16] *M. Elon,* Codification of Law, in: *idem,* Principles (n. 1), 120–146, 123 f.

People, there was an increase in halakhic disputes in which no decision was reached. This situation was aggravated following the destruction of the Temple, when the halakhic center was deprived of its traditional location and scholars migrated with their courts to other places. With the redaction of the Mishnah, *R. Yehudah Ha-Nassi* sought to avert the danger of proliferating dispute. He did so by presenting the prevailing opinion, which he considered as determining the law, in an anonymous manner, next to which he cited the differing opinions with the names of the scholars who presented them. However, the Mishnah differs from modern codifications in that its laws are mostly formulated in a casuistic, rather than normative, manner. They start with concrete examples of the practical problems encountered. It has been aptly pointed out that, by doing so, the Mishnah allowed for the further development of Jewish law under differing conditions, by drawing ever finer distinctions between the situations described in the Mishnah, and later on in the Talmudic discourse, and the situations prevailing at later times.

The Talmud, which comprises the deliberations of the sages, halakhic commentaries, response and conclusive rules, does not have the character of a codex. Codificatory works reappeared at the post-Talmudic era.[17] Yet, as aforementioned, the Talmud serves, to this day, as the basis for determining the halakhic rule, and subsequent generations showed that it can serve as a basis for codifying the *Halakhah.*

b) Ha-Rif's "Sefer Ha-Halakhot"

By the time of *Ha-Rif* (*R. Isaac Alfasi [of Fez],* 1013 [Fez, Morocco] – 1103 [Lucena, Spain]), Babylonia ceased to be the center of Jewish life and new centers emerged in Europe and in North Africa, which in turn yielded a proliferation of varying customs and rules in the various halakhic fields. *Ha-Rif* arranged his "Sefer Ha-Halakhot" (Book of Rules) in the order of the Talmudic tractates, but included only the laws in practice at his time. In his work, *Alfasi* outlined the Talmudic problem and also decided many disputed halakhic problems. His decisions were accepted by later generations, and his work was considered, 500 years later, by *R. Yossef Caro,* author of the "Shulchan ʿArukh" (the Set Table) codex, to be one of the three pillars of halakhic decision.

c) Maimonides' Mishneh Torah

In his "Mishneh Torah" (literally "Second to the Torah") *Maimonides* adopted a new approach to the codification of the *Halakhah.*[18] He sought to make a code that will allow the vast amount of halakhic material and the difficulty in

[17] Regarding halakhic codifications during the Geonic period, see *Elon,* Codification of Law (n. 16), 125 f.

[18] *Elon,* Codification of Law (n. 16), 129 f.

ascertaining it, and stand revealed to all, great and small. His stated purpose was that

"a person shall not need to have recourse to any other work in the world concerning any of the laws of Israel […] that a person shall first read the Written Law and then this work and therefrom all of the Oral Law and shall not require to read any other work".[19]

His guiding criteria were the following: (i) The scientific and systematic processing of all the material of Jewish law, from the Written Law until his time; (ii) the subdivision and classification of the material in fourteen volumes (including 1,000 chapters), according to subject-matter (unlike, for example, the classification in the Mishnah where the tractate "Kiddushin", dealing with halakhic engagement and marriage, contains also multiple rules regarding property and the tractate "Gittin", dealing with divorce, contains also multiple rules regarding agency). In some cases *Maimonides* had to collect the materials from as many as ten sources in order to arrange them under the appropriate heading; (iii) deciding disputes and designating only a single halakhic rule, omitting the differing opinions as well as the names of the sages who had handed down the rules or their sources in Talmudic literature. In ca. 200 cases *Maimonides* decided the disputes himself and set the rule accordingly, however qualifying his own rules by opening remarks, such as "it seems to me". Such a single, unqualified and final statement of the rule of law, without designating its source, was hitherto unknown in Jewish law; (iv) modeling his work on the language and style of the Mishnah, but improving it substantially. As with the Mishnah, he used clear Hebrew, but created a new legal style. Whereas the various sources from which he assembled his work were written in different languages, using different idioms, his work is characterized by its harmonious and uniform style. The casuistic form of the Mishnah was retained by *Maimonides,* and in this respect it differs from modern codifications.

Even though *Maimonides* did not intend to break the chain of transmission of the oral Torah from one generation to another, his omission of the sources met with vigorous opposition. The controversy over the omission of the sources yielded halakhic literature that sought to uncover *Maimonides'* sources,[20] among them *R. Yossef Caro's* (1488 [Toledo/Spain] – 1575 [Safed, Jerusalem/Israel]) "Kesef Mishneh", and *Radbaz's* (*R. David Ibn Zimra* (1479 [Spain] – 1573 [Safed, Jerusalem/Israel]) "Yekar Tiferet".

As summed by *Elon:*

"because of its categorical style, hundreds of books were written on Maimonides' code raising arguments and counterarguments, so that not only did the law fail to achieve clarity

[19] *Maimonides,* Mishneh Torah, Introduction (published in English translation in: *Elon,* Codification of Law [n. 16], 122).

[20] *Elon,* Codification of Law (n. 16), 132.

and uniformity, but further problems were directly generated by Maimonides' statements of the law and the opposition they engendered. Nevertheless, while Maimonides did not achieve the aim that he set for himself, his code has enriched every area of halakhic literature to this very day".[21]

The current importance and continued influence of *Maimonides'* "Mishneh Torah" has been underlined with the recent publication of a scientific edition, based on authentic manuscripts, of the fourteen volumes of this Code, with diacritical marks and a concise commentary.[22]

d) R. Yaakov ben Asher's "Arbaʿat Ha-Turim" (The Four Rows)

R. Yaakov ben Asher was born in Köln, Germany (1269) but, due to the dire conditions suffered by Jews in Germany at that time, he fled with his parents to Spain in 1303 (where he died in Toledo in 1343). By the time he set out to write his code, there was urgent need to develop a suitable method for the codification of Jewish law. The vast, very significant halakhic literature created by the Tosafists and the halakhic books published mainly in Germany and France, on the one hand, and in Spain, on the other, required a consideration of those eminent halakhic authorities in order to ascertain the governing law in any particular case. In his introduction, *R. Yaakov ben Asher* explained his motivations for writing his Code as follows:

"Since we are already a long time in exile, legal analysis has deteriorated, opinions have proliferated, and conflicts of authority abound. There is no longer any clear and undisputed law, so that many wander about to seek the word of the Lord but cannot find it. Therefore, my ideas and thoughts stirred me to consider the statements […] and understand the books and the words of their authors […] and I determined to compose a work on the subject of religious law and other matters needed at this time".[23]

Therefore, unlike *Maimonides* who chose to treat the body of Jewish Law comprehensively, *R. Yaakov ben Asher* restricted his work to matters that were relevant at his time. The Code (named after the four rows of gemstones that adorned the High Priest's breastplate: Exodus 28: 17–21) comprises four volumes (*Turim*): "Orach Hayyim" (Way of Life), dealing with the laws of the daily round of religious observance, e.g., daily prayers, Sabbath, Jewish festivals, etc.; "Yoreh Deʿah" (Teacher of Knowledge), dealing with things forbidden and permitted, e.g., dietary laws (*kashrut*), laws of ritual purity, circumcision, respect for parents, visiting the sick, mourning, etc., as well as the law of interest; "Even Haʿ Ezer" (Stone of Help), dealing with family law; and "Hoshen Mishpat" (Breastplate of Judgment, one of the holy garments of

---

[21] *Elon,* Codification of Law (n. 16), 135.

[22] *Y. Makbili et al.* (eds.), Mishneh Torah – The Code of Maimonides. The Complete Restatement of the Oral Law, 14 vols., 2014–2017.

[23] *R. Yaakov ben Asher,* Introductions to Yoreh Deʿah and to Orah Hayyim (two of the *Turim*), published in English translation in: *Elon,* Sources (n. 10), 1280.

the High Priest – cf. Exodus 28: 4),[24] dealing with the great bulk of civil law and some parts of criminal law. It starts with the composition of courts, the appointment of judges, jurisdiction and part of the laws of procedure, followed by the laws of evidence and other matters relating to proof of claims. Following thereafter are loans, partnership, acquisition of property, sales, inheritance, bailments, the laws of theft, robbery, torts, damage caused by property, assault and battery. In particular, in his introduction to the *Tur* on civil law ("Hoshen Mishpat"), *R. Yaakov ben Asher* underlined that the lack of a binding code was much more acute in the laws concerning civil law than in the laws of prayer, festivals and ritual matters.

"Sefer Ha-Turim" achieved widespread recognition in a substantial part of the Jewish world thanks to the very fine organization of the bulk of material in the four volumes, as well as the middle way chosen by its author. While avoiding a full presentation of the Talmudic discussion and reference to all sages involved, it presented the various opinions of the leading sages and indicated the opinion which the author considered correct. Two of its numerous commentaries, namely *R. Yossef Caro's* "Bet Yossef" and *R. Moshe Isserles'* (1530 [Cracow] – 1572 [Cracow]) "Darkhei Moshe", served as the basis for the most important future codification – the "Shulchan ʿArukh" – and are therefore discussed below.

e) R. Yossef Caro's "Shulchan ʿArukh" (the Set Table) and its "Tablecloth"

The period between "Sefer Ha-Turim" and the "Shulchan ʿArukh", accomplished in 1563, was fraught with significant events in world and Jewish history. Pogroms against Jewish communities in Germany followed the outbreak of the Black Death in the 14th century, the Jews having been blamed falsely for poisoning the wells. The center of Jewish life in Germany was substituted by new Jewish communities established in Poland, Russia and Lithuania. In Spain, the *Reconquista* of the country yielded mass forced conversions in the 14th century, which culminated with the Expulsion in 1492, followed by mass conversions in Portugal and the final Expulsion of the remaining Jews from there in 1497. The Sephardi (Spanish, in Hebrew) community migrated to the Netherlands, the Ottoman Empire, North Africa and overseas.

Yossef Caro was born in Spain in 1488. Together with his family he went into Exile in 1492, following which the family wandered through various parts of the Ottoman Empire and Egypt, finally settling in Safed, Land of Israel, where he later headed the *Bet Din* (Jewish religious court) of Safed, a leading court for world Jewry.

[24] This volume is named after the *Urim* and *Thumim* (the Oracle the High Priest wore on his breast).

The migrating communities encountered numerous halakhic problems, arising from the conflicts between the laws and customs of the existing communities and those of the newcomers. This situation, in turn, yielded differences of opinion as to the correct rule of law and conflicting decisions multiplied. As noted by *R. Yossef Caro:*

"As time has passed and we have been poured from vessel to vessel. We have been scattered, and terrible trials and tribulations, one after the other, have come upon us, […] The Torah and its students have become helpless. For the Torah has become not [only] two Torahs; rather, it has been fragmented into innumerable Torahs because of the multitude of books written to explicate its laws and rules. Although all those writers […] meant to enlighten our darkness, the 'light' we have enjoyed from them has brought great doubt and confusion because each author has composed his own work in which he has either repeated what previous writers had already written or has stated the law contrary to his predecessors without mentioning the conflict".[25]

To mend this situation, *Caro* first composed a commentary, "Bet Yossef", on "Sefer Ha-Turim", following the organization and classification of the latter. In this work, he indicated the Talmudic sources of the laws stated in "Ha-Turim". When the author of the "Turim" presented conflicting opinions among halakhic authorities, *Caro* provided the reasons for each opinion and stated its root and source in the Talmud. *Caro* also presented and explained new rules mentioned by codifiers or commentators that the "Turim" did not present.

Only after completing this first task, *Caro* turned to his further objective of determining the law by selecting the opinion that should prevail over the other conflicting ones. Rather than evaluate all opinions one against the other, a task that he could hardly expect to accomplish, *Caro* chose three pillars of instruction upon which the House of Israel rests – *Alfasi* (*Ha-Rif*), *Maimonides* and *R. Yaakov ben Asher.* Where two of them agreed on a certain point, he followed that opinion, unless that opinion was in conflict with all or most of the other halakhic authorities and a contrary practice has consequently become widespread. If one of the three authorities expressed no opinion on that subject and the other two disagreed, or if none of the three pillars expressed his opinion, *Caro* turned to other eminent authorities and decided the rule in accordance with the prevailing opinion among those who expressed their opinions in that matter. *Caro* noted that his method was not ideal, since it did not evaluate each argument on its merits, but had rather recourse to an almost mathematical formula, which may create inconsistencies of its own. Nonetheless, it provided an efficient, and, in view of the authorities considered, on the whole also a satisfactory and perhaps the only way for coping with the vast amount of halakhic material and the multitude of differences of

[25] *R. Yossef Caro,* Bet Yossef, Tur Orach Hayyim, Introduction, published in English translation in: *Elon,* Sources (n. 10), 1311.

opinion that had accumulated in the Jewish world in all generations up to the 16th century. The "Bet Yossef" Commentary on "Arbaʿat Ha-Turim" is printed in the editions of the "Turim" alongside the text.

However, the "Bet Yossef" was just *Caro*'s first step towards writing his own code – the "Shulchan ʿArukh" (the "Set Table"). Whereas the "Bet Yossef" included the different opinions on all the laws and their sources, the "Shulchan ʿArukh" code was to provide a single statement of the law – final, categorical and monolithic. Since the "Shulchan ʿArukh" is a distillation of the "Bet Yossef", this code, too, is divided into four parts, in the same manner and having the same titles as the "Turim". The work itself however is more categorical and concise. Like *Maimonides, Caro* omitted the references to the sources of the laws. He could also omit the reasoning that led him to his conclusions and the names of the authors of the law, since those were included in the "Bet Yossef". In addition, he omitted also any additional comment not strictly necessary to the statement of the law.

The "Shulchan ʿArukh", completed in Safed in 1563, a town in the Lower Galilee, very close to Tzippori (Sepphoris) in the Upper Galilee, where *R. Yehudah Ha-Nassi* completed the first codification of the Mishnah, won acceptance in Jewish communities in both the East and West and is still to date the most recent major code of Jewish Law.

While *Caro* was working on his "Bet Yossef" commentary, a similar need for a code of Jewish Law was felt in the Ashkenazi (of German origin)[26] communities in Eastern Europe. *R. Pollak* and *R. Shachna,* the great sages who founded and developed in Poland a systematic methodology for ascertaining Jewish law, refused, because of their intellectual modesty, to codify the legal rules.[27] But their disciple, *R. Moshe Isserles* (*Rema*) adopted an entirely different outlook. Like *Caro,* with whom he also corresponded, he realized that there was no realistic way of comparing the divergent views of all previous authorities. Accordingly, he first wrote a commentary – "Darkhei Moshe" on the "Turim". The hallmark of his work lies in its brevity in presenting the various opinions. But, in order to avert the danger of misunderstandings, in every case he cited the source for his statements, and included many sources and recent authorities that *Caro* had not considered or ever seen. *Rema* rejected *Caro's* view of determining the law on the basis of the three pillars, because, as *Alfasi* himself acknowledged, the accepted rule was

---

[26] *Ashkenaz* is synonymous with Germany in Hebrew.

[27] See *Elon,* Sources (n. 10), 1345 ff., relating the role of R. Jacob Pollak (ca. 1460 [Regensburg] – 1541 [Cracow]) and R. Shalom Shaknha (ca. 1495 [Lublin] – 1558 [Lublin]) in developing the system of *Pilpul* (finespun dialectics) and *Hillukim* (extremely subtle distinctions) for the study of the Talmud, as well as their objection to codifying Jewish law, to the extent that they did not even keep copies of their own rulings for collection in a book, in order not to constrain the freedom of later judges to decide cases on the basis of their own examination and analysis of the halakhic sources.

that the law is in accordance with the views of the later authorities. Had *Caro's* method been accepted, it would have overturned the laws accepted and followed by the Ashkenazi Jews, most of which were based on the latter principle, a rule fully adhered to by *R. Pollak* and *R. Shachna.* An abridged version of the "Darkhei Moshe" Commentary is printed in the regular editions of the "Turim" next to the text.

Following the completion of "Darkhei Moshe", *Rema* continued with his codification project. By that time, the "Shulchan ʿArukh" (Set Table) had been completed. Therefore, *Rema* chose this Code as the starting point for his work, by spreading a Tablecloth (*Mappa*) of glosses over the Set Table. In his glosses, *Rema* presented the conclusions flowing from "Darkhei Moshe", in a terse form, applying *Caro's* method of stating the legal rules categorically, without citing their sources. This method was necessary in order to be able to append his conclusions to those reached by *Caro*. *Rema's* glosses took special account of the eminent authorities of Ashkenazi sages, particularly from Germany and France, who, in turn, based their rules on the rules from the earliest of times. In addition, he added the customs followed by the Ashkenazi communities, that differed in many respects from those prevailing in Sephardi communities. *Rema* also introduced corrections to misprints and mistakes in the "Shulchan ʿArukh", introduced by copyists and printers. Finally, on occasion he added rules that were not disputed with *Caro,* just for the sake of comprehensiveness.

Rema's glosses contributed to the acceptance of *Caro's* "Shulchan ʿArukh", which, to this day, serves – together with *Rema's* Tablecloth designed mainly for Ashkenazi Jews, and its four major commentaries[28] –, as the definitive and authoritative code of Jewish law and as a starting point for the investigation of the legal rule that should be applied to any given case.[29]

4. *The responsa Literature*

The *responsa* literature (in Hebrew *she'elot u-teshuvot* or *Shu"t*[30]) comprises the rulings rendered by halakhic authorities in response to questions submitted to them in writing. The practice of submitting questions and transmitting responses from one Jewish community to another is known since the times of the Mishnah and the Talmud. Questions and *responsa* were going back and

---

[28] *R. David Ha-Levi Segal* (1586–1667 [Poland]), Turei Zahav; *R. Shabtai Ha-Cohen* (*Shakh,* 1622–1663 [Poland]), Siftei Cohen; *R. Yonathan Eibschuetz* (1690–1764, Rabbi in Prague, Metz, France, and subsequently Rabbi of Altona, Hamburg and Wandsbeck), Urim ve-Tumim, and the *Gaon of Vilna* (1720–1797 [Lithuania]), Be'ur Ha-Gra.

[29] Regarding the acceptance of the "Shulkhan ʿArukh", together with its commentaries, and the historical reasons underlying this development, see *Elon,* Sources (n. 10), 1417–1422.

[30] Which means "questions and answers". *Shu"t* is an acronym.

forth between the Land of Israel and Babylonia, as well as between both of these major centers and other centers of the Diaspora. The *responsa* during the Talmudic period were incorporated into the Talmud where the relevant subject matter was discussed. However, from the Geonic period[31] onwards they became a distinct legal source.

It might have been expected that a rule set out in a code, after the scholar had made a thorough study and achieved a clear understanding of the subject matter, would be considered of a higher rank than a rule provided in answer to a specific problem. It has, however, been pointed out that the majority of the halakhic authorities have taken the opposite view.[32] The reason provided has been that it may be that the codifier reached a conclusion which he considered theoretically correct, without considering its application in an actual case. A more profound understanding is reached when a halakhic authority engages in an in-depth study of the concrete problem in practice in order to be able to state his reasoning meticulously and provide instruction how to act in an actual case.

Most important were the *responsa* rendered by the supreme tribunals, first in the *yeshivahs* (Jewish academies) in the Land of Israel and in Babylonia, and later on by the legal and spiritual leaders of their generation in the various Jewish centers of the Diaspora. Complex problems that the local courts could not resolve and fundamental questions, going beyond the specific problem at hand and involving the wider public interest, were sent to the highly appreciated sages in the various centers of the Diaspora.[33]

The response enabled the halakhic authorities to develop the *Halakha* and enable it to provide solutions to the problems arising in differing social and

---

[31] See above, n. 15.

[32] *Elon,* Sources (n. 10), 1458.

[33] One famous example is that of Rabbi Meir Lerner, Chief Rabbi of Germany, who, in 1905, was faced with a halakhic problem arising from the decision of the local council of Altona to build a road that would pass over a part of the Jewish cemetery. Former halakhic authorities had expressed their reluctance and negative approach to the removal of bones from one site to another and there were conflicting decisions in similar cases. While Rabbi Lerner was in favour of removing the bones and reburying them elsewhere, he sent his proposed decision to famous rabbis all over Europe, the United States, and Israel. After receiving their response, he wrote his opinion discussing the (on the whole) concurring opinions. Subsequently, he published his proposed opinion and the rabbis' *responsa: M. Lerner,* Gutachten Rabbiner aller Länder über Exhumierung und Aschenurnen-Beisetzung auf Jüdischen Friedhöfen, 1905. Among others, Rabbi Lerner cited a decision rendered by R. Yechezkel Landau (1713–1793), *Noda Bi-Yehuda,* YD [*Yoreh De'ah*] No. 89, according to which, once the flesh has decomposed there is no more fear of disturbing the dead by removal and reburial of the bones. The latter decision has been extensively discussed by a number of very prominent rabbis in later *responsa.* See, for example, *Y. Chazani,* Pinnuy Atzmot Kedoshei Mezeritz (Clearing the bones of the Holy Community of Mezeritz), Techumin 1992/93, 89–105, 93 (in Hebrew).

economic conditions. Where no answer could be found in existing rules, or if, in their opinion, the existing solution did not satisfy the needs of the time, they sought and found a solution by interpretation,[34] legislation of *takkanot* by the halakhic authorities,[35] custom,[36] case law,[37]and legal reasoning.[38]

It is noteworthy that ca. 80% of the responses deal with the "legal" part of the *Halakhah* rather than the "religious" part, i.e. the part covered by "Hoshen Mishpat".[39] The questions addressed Jewish social life, commerce and trade, Jewish public organization (the community, its governing institutions and elected officials), the relation between the Jewish community and the non-Jewish population, on the one hand, and the general government, on the other. In the responses one finds different types of legal documents, such as bills of sale, marriage documents, bills of divorce, wills, witness subpoenas, and also provisions of non-Jewish law quoted in the questions or in the response.

The magnitude of the *responsa* literature is immense. It comprises more than half a million *responsa* found in more than 6,000 books by different authors. Bar-Ilan University founded the *Shu"t* Project, making a substantial part of this literature available full-text online.[40] Another important project is the electronic database *Otzar Ha-Chokhma* (Wisdom Treasure), comprising more than 100,000 books, with more than 5,000 books added annually, including important works by halakhic authorities, shedding much light on numerous problems dealt with in Jewish law.[41]

5. *Interim conclusions*

The *Halakha* is the product of the efforts of many generations of scholars without any legislative institution empowered to enact a systematic code of laws. At present, there is no code that combines all of the rules in a way that eliminates the need to have recourse to other sources. In the 16th century the *Halakha* was codified in the "Shulchan ʿArukh", a codification which was finally accepted in the 17th century by world Jewry following the incorporation of later authoritative commentaries into its final structure, most notably

---

[34] Regarding interpretation (*Midrash*) in the *Halakha,* see *M. Elon,* Interpretation, in: *idem,* Principles (n. 1), 57–73.

[35] Regarding the legislation since the Second Temple, in the Diaspora, and in Israel, see *M. Elon* (ed.), Takkanot, in: *idem,* Principles (n. 1), 73–91.

[36] Regarding the role of custom (*Minhag*) in the *Halakha,* see *M. Elon,* Minhag, in: *idem,* Principles, (n. 1), 91–110.

[37] Regarding the role of cases (*Ma'aseh*) and precedents, see *M. Elon,* Ma'aseh and Precedent, in: *idem,* Principles (n. 1), 110–117.

[38] Regarding legal reasoning (*Sevarah*), see *M. Elon,* Sevarah, in: *idem,* Principles, (n. 1), 118–120.

[39] *Elon,* Sources (n. 10), 1462.

[40] <https://www.responsa.co.il>.

[41] <https://www.otzar.org>.

Rema's "Mappa". Yet, even the "Shulchan ʿArukh" has never been considered binding law, although, to be sure, later authorities would depart from its rulings only with reluctance. This has made it, together with the many commentaries written on it, the starting point for every inquiry into Jewish law.

As a starting point, it is therefore important to see, from a halakhic point of view, which of the rules mentioned in the Mishnah were incorporated into the "Shulchan ʿArukh". However, to render a decision in Jewish law, one must also consult the Talmudic commentaries, the *novellae* ("additions" to the commentaries on the Talmud), and the *responsa* literature (all of the recorded rulings and decisions rendered by halakhic authorities in the post-Talmudic era in response to questions submitted in writing), in particular *responsa* rendered after the publication of the "Shulchan ʿArukh", by the so-called *Aharonim* (literally, last) as those may offer new reasoning and motivations that were not considered by *Caro,* or because they had to take account of changing circumstances. Among the *Aharonim,* the more recent halakhic authorities prevail over the earlier ones.

III. Textual Basic Structures II – Israeli Law and its Commentaries

1. *The Tedeschi series of commentaries on the Private Law Statutes*

As mentioned before, following the establishment of the State of Israel, the *Knesset* adopted, in a piecemeal fashion, separate private law statutes, modeled to a large extent (but not completely) on European statutes (mainly German and Swiss), that were intended to become the basis for a comprehensive Israeli civil code. In line with this intention, the *Tedeschi* commentaries,[42] around 20 volumes altogether, devoted to most of the adopted statutes, namely legal capacity and guardianship, agency, contracts (general part and specific contracts), assignment of obligations, guarantees, sale (movable property, apartments), pledges, gifts, and bailees,[43] were published between 1972 and 2002, most of them authored by law professors from Hebrew University. Most commentaries had only one edition, but some had two editions over these three decades. It is noteworthy that in these commentaries hardly any effort was made to trace and analyze the origins of the rules in the respective continental European legal systems and almost all foreign sources referred to are English (and sometimes American) textbooks and cases. A notable excep-

[42] The series was named after Professor Gad Guido Tedeschi (1907–1992), who had already served as a law professor in Italy before immigrating to Israel in 1939.

[43] With respect to torts, Israel maintained an amended version of the Civil Wrongs Ordinance, first introduced by the British Mandatory Authorities. Commentaries have not been published on Unjust Enrichment and Property Law (Land Law, Moveable Property).

tion is Professor *Zeev Zeltner's* commentary on the Sales Law, 5768-1968. Already before immigrating to Israel, *Zeltner* was an accomplished jurist. He had studied law in Berlin and Paris, he had obtained his doctorate in Heidelberg, and in Israel he was appointed Professor of Law at Tel-Aviv University and President of the District Court in Tel-Aviv. Consequently, he had the scholarly background necessary to carry out a proper comparative study of the European sources of the Israeli statute, on the one hand, and compare the new rules to those of the English law of sales in effect in Israel before the adoption of the Israeli statute, on the other.

In addition, the "Brief Commentary on Laws Relating to Private Law" (1st edn., 1994; 2nd edn., 1996), comprising 848 pages altogether, was authored by a group of Hebrew University professors.[44] The first edition provided a commentary to six statutes, namely the Contracts (General Part) Law, 5733-1973, Contracts (Remedies for Breach of Contract) Law, 5731-1970, Capacity and Guardianship Law, 5722-1962, Standard Contracts Law, 5743-1982, Sale Law, 5728-1968 and Hire and Loan Law, 5731-1971. The second edition included a revision of the first edition as well as a commentary on five additional statutes, namely the Agency Law, 5725-1965, Pledges Law, 5727-1968, Insurance Contract Law, 5741-1981, Contract for Services Law, 5734-1974 and Sale (Apartments) Law, 5733-1973.

In the introduction to this edition, the editors explained that

> "its objective is to assist lawyers, judges, academic researchers and students (perhaps even laymen), interested in a short and concise interpretation of the legal rules that comprise the codificatory legislation in the field of private law […] it does not address the motivations, the policy considerations or a comparative legal analysis underlying the different opinions included in it. It just presents the interpretation given to the various building blocks of each legal rule, and in case differing opinions have been expressed in the case law or in the literature with respect to any matter, this Commentary brings the different opinions".

A commentary on the Succession Law, 5725-1965 was authored by Professor Shmuel Shilo of Hebrew University (3 vols., 1992–2002).

By 2002 all of these endeavors were discontinued. Had they been continued, they could have provided a continuous critical discussion and analysis of the Israeli case law, as well as assistance to the courts when interpreting the sections of the statutes.

2. *The Rakover halakhic commentaries on the Israeli statutes*

In an effort to bring together the Israeli private law statutes and Jewish law, Rabbi Professor *Nahum Rakover,* Head of the Ministry of Justice Department of Jewish Law, initiated a series of commentaries, entitled Jewish Law for

---

[44] *A.M. Rabello/G. Shalev/E. Zamir* (eds.), Brief Commentary on Laws Relating to Private Law, 2nd edn., 1996 (in Hebrew).

Israel, analyzing the Israeli legislation from the point of view of Jewish law. This series has yielded ten published commentaries (on Guarantee, Torts, Unjust Enrichment, Restoration of Lost Property, Bailees, Hire and Loan, Joint Ownership, Trust, Defective Contracts and Agency), starting in 1969; the most recent one was published in 2014, and there are still four books in preparation (Gift, Remedies for Breach of Contract, Mortgage, Sale).

The Rakover halakhic commentaries are written in a clear language. They provide very important insights into the relationship between the provisions of the Israeli statues and the pertinent rules of Jewish law. As is common in Jewish law, the discussion is not theoretical. The analysis is made by discussing the cases and the rules deduced from them by halakhic authorities of all generations. References are also made to the Israeli case law and the solutions are compared. The commentaries also propose, where necessary, amendments to the Israeli statutes that would bring them in line with Jewish law.

However, unless the reader is versed in the wide and deep sea of the *Halakhah* and understands the system, its language and its rules of interpretation and methodology, he will have great difficulty making full use of these commentaries and applying them to supplement Israeli law to specific cases.

3. The Draft Civil Code

The work on a Civil Code spanned almost five decades, by first adopting separate statutes and, since 1975, planning a comprehensive code under the leadership of Professor *Uri Yadin,* of Hebrew University, appointed as Deputy Attorney General at the Israeli Ministry of Justice. In 1984, the Drafting Committee was established, chaired by Professor *Aharon Barak,* former professor of law (*Ordinarius*) at Hebrew University, at the time Justice (and later President, 1995–2006) of the Israel Supreme Court, and its members included eminent Israeli legal scholars.[45]

The Draft Civil Code was submitted to the *Knesset* in 2011.[46] It comprises 996 sections, organized in seven parts: the first two parts represent the general parts of the Draft, the first addressing its fundamental principles (§§ 1–4), legal capacity (§ 5) and definitions (§ 6); and the second juridical acts (§§ 7–16), capacity to act (§§ 17–32) and agency (§§ 33–47). Three specific

[45] The Committee members were Ricardo Ben-Oliel, Nili Cohen, Miguel Deutch (acting also as chief researcher), Izhak Englard, Daniel Friedmann, Israel Gilead, Daphna Lewinsohn-Zamir, Berachyahu Lifshitz, Menachem Mautner, Daniel More, Alfredo Mordechai Rabello, Shirley Renner, Renée Sanilevici, Gabriela Shalev, Joshua Weisman, and Eyal Zamir, from the Israeli university law schools, as well as Tana Spanic and Allen Zysblat from the Ministry of Justice and Meir Aran, Legal Advisor to the Prime Minister's Office. For more information, see *A. Barak,* Introduction to the Israeli Draft Civil Code, in: Siehr/Zimmermann, The Draft Civil Code (n. 6), 1–13, 7.

[46] Draft Civil Code (n. 6).

parts then follow: part 3 on "obligations" (§§ 48–498), part 4 on "property" (§§ 499–692), and part 5 on "succession" (§§ 693–815). Part 6 covers "limitation of claims" (§§ 822–859), and part 7 "general provisions" (§§ 860–996). According to *Barak,* the Code, beyond offering a general revision of existing legislation and adaptation to modern times, "will make an important contribution to the establishment of a systematic jurisprudence. Coherence will lead to the crystallization of a clear outline of the system, and vagueness of legal doctrines is prevented".[47] An analysis of the Code, however, underlines the difficulties stemming from its common law foundations. Thanks to the statutes already adopted since the 1960s and the Drafting Committee's work, adopting a civil code is feasible, but requires overcoming difficulties in understanding how a codified system differs from an uncodified one, the drafting process, in particular the role of legal science, and the structure and contents of a workable civil code.

The Drafting Committee has not published its motivations.[48] Neither minutes of the Committee meetings nor any other *travaux préparatoires* are available. Their importance is due to the fact that "the Israeli legislature has considered the road of eclecticism more adaptable to the country's exigencies and preferred not to adopt even partially a foreign code. The work of the Ministerial Commission is definitely a work of 'comparative law'".[49] Professor *Miguel Deutch,* Chief Researcher of the Drafting Committee, and other scholars, among them Committee members,[50] have written on certain issues, but not on all of them.

In January 2007 an earlier version of the Draft was presented by Professor *Barak* and other Committee members at a symposium at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg. The presentations of the Israeli scholars,[51] together with critical comments by eminent European scholars,[52] were published in a collective volume.[53] The

---

[47] *Barak,* Introduction (n. 45), 10.

[48] By comparison, see the five volumes comprising the motivations for drafting the German Civil Code (BGB): Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5 vols., Berlin, 1888.

[49] *A. M. Rabello,* An Introduction to the New Israeli Private Legislation: Harmonization of Private Law and Civil Law, in: *idem,* European Legal Traditions (n. 5), 565–578, 571 (12).

[50] *M. Deutch,* The Structure of the New Israeli Civil Code – A Proposal, Mishpatim 5759-1998, 587–621 (in Hebrew). See also *idem,* Interpretation of the Civil Code, 2005 (in Hebrew). Various aspects of the Civil Code have been critically analyzed in the second and third volumes of Mishpatim 5767-2007 (in Hebrew); *D. Barak-Erez,* The New Israeli Civil Code between the Professional Community and Society, Bar Ilan Law Studies 5769-2008, 413–425 (in Hebrew).

[51] Aharon Barak, Nili Cohen, Hanoch Dagan, Izhak Englard, Daniel Friedmann, Israel Gilead and Offer Grosskopf.

[52] Josef Drexl, Hans Christoph Grigoleit, Eva-Maria Kieninger, Helmut Koziol, Kurt Siehr, Christiane Wendehorst and Reinhard Zimmermann.

book sheds much light on the perceptions of Committee members with respect to a considerable number of issues, and offers important insights to its critical evaluation.

One conspicuous aspect of the Israeli project highlighted by the book is the ambiguity about what codification in fact means. According to *Barak,*[54] the task of the Committee was limited to amendments and improvements, sometimes of considerable scope, of the existing system, while replacing it with a coherent, comprehensive code. According to *Englard,* "[t]he present Draft Civil Code is the result of the longstanding endeavor to create an independent, comprehensive, self-sufficient private law codification in the style of continental European codifications."[55] *Cohen's* perception is different. In her opinion,[56] although there is a common belief that the idea of codification symbolizes a preference for rules over standards, this belief is unfounded. The choice of a code cannot, in itself, transform the Israeli legal system. The balance between certainty and fairness is conditioned by culture and tradition. Consequently, even though the Committee has drafted and arranged hundreds of rules, it also left wide spaces for discretion.

It is little wonder that, with such diverging visions of what codification means, the Draft could hardly be expected to promote coherence, clarification and continuity. One example of this lack of clarification is provided by the statement of objectives enlisted upfront in § 1 (1) of the Draft –

> "(a) ensuring justice, fairness and reasonableness; (b) promoting security, certainty, and efficiency in the legal process; (c) coordinating the various civil procedural laws; (d) preserving vested rights; (e) protecting the appropriate expectations and reliance of the parties".

Since not all objectives can always be achieved in one and the same case, this provision can be read as an invitation to judges to decide according to what they may deem, in any given case, just or fair, or efficient or reasonable, or promoting certainty, etc., and thereby devalue the significance of having a codification at all. Such a provision is not included in other civil codes, it being understood that a civil code is not a restatement of the law which is addressed to the courts. A civil code is addressed to the general public in the

---

53 *Siehr/Zimmermann,* The Draft Civil Code (n. 6). The book was co-edited by Professor Reinhard Zimmermann, Director at the Max Planck Institute (MPI) for Comparative and International Private Law in Hamburg, and Professor Kurt Siehr of the University of Zurich, who have, for many years, played a key role in fostering the links between legal scholarship in the MPI and Israel.

54 *Barak,* Introduction (n. 45), 7.

55 *I. Englard,* The Israeli Draft Civil Code: Changes in Tort Law, in: Siehr/Zimmermann, The Draft civil Code (n. 6), 133–140, 134.

56 *N. Cohen,* The Four C's: Coherence, Clarification, Continuity, Change – Remedies for Breach of Contract in Israeli Draft Civil Code, in: Siehr/Zimmermann, The Draft Civil Code (n. 6), 51–73, 72 f.

first place, in order for it to be informed of what the law says on any given matter without having to go to court to find this out. § 1 (1) and other provisions leaving wide margins of discretion do not inform the public. Instead, they serve as an open invitation to costly litigation.

After critically discussing the Draft Civil Code for several months, the *Knesset* Legislation Committee concluded that it could not be adopted as then drafted. It is to be regretted that no further work has since been invested in the preparation of a Draft that could be adopted.

Be that as it may, no commentaries were published with a critical discussion of the Draft as a whole, analyzing its separate provisions, their context, and taking account of the Draft's object and purpose to unify Israeli private law, thereby contributing to the adoption of an improved draft.

4. *Interim conclusions*

In modern Israeli law, the development of the legal system through the writing of systematic learned commentaries has been suspended. In recent years, no effort has been undertaken to analyze systematically the legal rules and court decisions in all branches of private law.

The Rakover commentaries, aimed at harmonizing modern Israeli law with Jewish law, provide very important, detailed information on both. Yet, they have not left their impression on the Draft Israeli Civil Code. That Draft was clearly demonstrating the difficulties of codification on the basis of a common law mindset.

IV. Discursive and Institutional References

1. *The halakhic codes and commentaries*

It has been pointed out aptly,[57] that Jewish law outside of Israel is no longer a function of Jewish society's coercive powers but rather of religious affiliation, the choice of Orthodox Jews.

In the Middle Ages, Jewish communities had juridical autonomy. Yet, even before the French Revolution, and certainly afterwards, the non-Jewish sovereigns began to limit the functioning of Jewish courts and the coercive powers of the communal leaders. In the early 19th century, assimilation, intermarriage and conversion, together with the weakening of religious belief, caused Jewish law to lose its societal hegemony. One consequence was the eventual neglect of the Jewish civil law by large parts of the Jewish world.

At the same time, the development of Jewish law continues among rabbis, halakhic scholars and law-observant laymen generally in Orthodox communi-

[57] *A. Kirschenbaum,* An Introduction to Jewish Law, 2005, 29.

ties. *Responsa* to halakhic queries are an everyday occurrence and halakhic literature abounds with revised editions of the legal classics and the appearance of new commentaries and monographs.

2. The Tedeschi series and the "Brief Commentary"

Since 2002 neither new commentaries nor updates of the older ones have been published. The old commentaries are hardly discussed any more in case law or in legal literature. They are also hardly referred to in Draft Bills and Explanatory Notes, prepared by the Ministry of Justice Department of Counseling and Legislation.

3. The Rakover series

The volumes of the Rakover Series are addressed to judges, researchers of Jewish law and practicing lawyers. However, reading and understanding them requires a good background in Jewish law. At present, however, the law school curriculum includes only a very superficial introduction to this subject. The bar exams do not require the potential lawyers to have any particular knowledge of Jewish law either. Likewise, the training of judges does not include Jewish law. Therefore, in an adversarial legal system, where the court decisions depend largely upon the arguments submitted by the lawyers, the only ones who in practice refer on occasion (not necessarily in order to fill *lacunae*) to Jewish law are lawyers and judges who were trained in a *yeshivah,* a Jewish academy.

V. Reception and Authority of Legal Literature

1. The evolving change in the character of legal literature

In the first decades after the establishment of the State of Israel, Israeli academics and lawyers published textbooks, which analyzed Israeli law critically. The major monographs, covering all aspects of Israeli law, were written by the most prominent academics. In addition, each law school had their own law review, in which articles and case-notes critically analyzing the legal system and the court decisions were published regularly. The Israel Bar Association also had its law journal in which practical problems and case notes were published regularly.

Recent decades, however, have seen a shift from this kind of analysis. The change was probably due a growing number of Israeli academics receiving their doctoral degrees from American universities, in particular Harvard and Yale, where they became less interested in the law in force, in the problems resulting from its application, and in the suitability of Israel's legal infrastruc-

ture to meet the social and economic challenges. Instead, they became fascinated with critical legal studies, and in "law and" inter-disciplinary studies of all sorts – law and economics, law and gender, law and literature, etc. This is not to say that these fields do not present any intellectual challenges or academic merit. But, as they have come to replace almost all traditional methodology, they have become less useful for the development of the law by the judiciary and by the *Knesset* in a continuous manner. Furthermore, the case notes have disappeared from the law reviews.

In the past decade, the Council of Higher Education contributed its share to distancing the Israeli academic lawyers from the in-depth study of the Israeli legal system. By requiring all university academics to become well-known worldwide as a result of publishing in foreign, in particular American, law journals, it did not encourage the legal research that is most necessary to improve the Israeli legal infrastructure. Israeli academics could have chosen to carry out studies in comparative law, but such studies require a continuous, arduous effort, involving, as a first step, the mastering of foreign languages as well as the full comprehension of the legal terminology and the methodology of the foreign systems. Instead, the Israeli academics have by and large chosen to specialize in critical legal studies, and other inter-disciplinary studies of all sorts. It seems that, as a result, the distance of Israeli academics from the practical problems and challenges of the day could not be greater.

2. The effect of legal literature on the Draft Civil Code

The theoretical studies in which Israeli academics engaged led them to conclusions that were visible in the Draft Civil Code. The Chief Researcher of the drafting committee, Professor *Miguel Deutch,* submitted a comprehensive legal theory to require that the importance once placed in classifying legal rules in categories gives way to "mutual leakage".[58] The Draft reflects his perception: Family law rules are in part 3 (Obligations); so are rights that a bailee may assert against others based on his lawful possession; transactions in property are in part 4 (Property); principal-agent relations appear under "Juridical Acts"; *negotiorum gestio* is subsumed under unjustified enrichment; and procedural rules on remedies for breach of obligations are lumped together at the end of part 3.

The study of other codifications points precisely in the opposite direction. The codes strive to classify legal rules in categories: family (or personal) law, obligations, property. The German Civil Code has undergone reforms further refining the existing rules within the categories that had existed in it from its inception. This has also been the approach of the more recent codifications in Québec, the Netherlands, the states of Central and Eastern Europe and Rus-

[58] *Deutch,* Civil Code (n. 50), 27 (in Hebrew).

sia. In none of them does one trace the "leakage" so prevalent in the Israeli Draft. Much work has also been done in the Member States of the European Union, as a first step towards preparing a European Civil Code. The studies analyzing similarities and differences among the rules existing in European countries would have been invaluable for the Israeli Drafting Committee.

3. The effect of legal literature on court decisions

In the absence of the traditional discourse between academics, the courts and the Ministry of Justice, the courts were left without the tools necessary to cope in a traditional manner with the legal problems arising in daily life. This may explain the reluctance of the Supreme Court to settle unsolved problems and discharge its most important role in the Israeli legal system, namely the determination of binding precedents. Instead, it restricts itself to solving the case at hand, without fixing the underlying legal rule, which is all too often left to be decided in the future.

However, it cannot be said that the academic discourse has not had any impact on the Supreme Court. It seems that the academic theoretical innovations have prompted the Israel Supreme Court to adopt new solutions that had not previously been tested, or that had even been rejected elsewhere.

Suffice it to provide here just a couple of examples. In a case concerning the breach of an international sales contract, the Supreme Court held that unjustified enrichment is "the eagle which spreads its wings all over Israeli private law". Therefore, even though there was no remedy in contract law and even though the case dealt with the international sale of goods, to which an international convention applied, specifying the remedies available to the injured party, the Supreme Court held that, under the principles of unjustified enrichment, the gains made by the party in breach must be disgorged and transferred to the injured party.[59] The ramifications of this decision for the rest of private law, in particular contract law and intellectual property law (offering protection in unjust enrichment law, under certain conditions, to unregistered intellectual property rights), were discussed 25 years later and are still pertinent today.[60] Even though the Supreme Court has recently im-

---

[59] *Adras* v. *Harlow & Jones GmbH,* DN [Further Hearing, by an enlarged panel of the Supreme Court] 20/82 (11.2.1988) 42(1) PD [Israel Supreme Court Reports] 221–285, per Justice A. Barak, para 10. For a discussion of this case, see *D. Friedmann,* Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract, LQR 104 (1988), 383–388. An English translation was published in the Restitution Law Review, see *D.R.F. O'Dair/D. Lipshitz,* Adras Building Material Ltd v Harlow & Jones GmbH, Restitution Law Review 3 (1995), 235–277.

[60] *T. Einhorn,* The Expansion of Israeli Unjust Enrichment Law: The Mixed Blessings of a Mixed Legal System, in: J. Basedow *et al.* (eds.), Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck Institut für Privatrecht, 2001, 905–922.

plied in an *obiter dictum* that perhaps the time has come to reconsider the protection given under principles of unjustified enrichment to intellectual property rights that have not been duly registered, it has nonetheless decided to leave this matter open for the time being.[61]

The Unjustified Enrichment Law, 5739-1969, provides that "[t]he provisions of this Law shall apply where no other Law contains special provisions as to the matter in question and no agreement between the parties provides otherwise" (§ 6 (a)). This provision calls into question the competence of the Supreme Court to introduce such a major change in the legal system contradicting the express language of the law.

In another case, concerning a ten-year old child killed in an accident due to the negligence of the tortfeasor, the Supreme Court held that the child's estate (i.e., his parents) should be compensated for the lost years of his earning capacity.[62] The court based its reasoning on conclusions it had drawn from theoretical studies, according to which: (i) the tort caused the deceased to lose a proprietary right, namely his earning potential; (ii) the compensation for killing a child should not be less than that due for injuring him. A critical analysis should have inquired whether it is reasonable to compensate parents for the lost earnings of their deceased child, whether an injured child should not indeed be awarded higher compensation, why it should be cheaper to kill an elderly person with no dependents than a young boy with no dependents, and finally, behind the veil of ignorance, whether we would prefer to pay higher insurance premiums for such a rule, or the other way around. Most importantly, it is to be questioned whether the court should extend remedies beyond those prescribed in the Civil Wrongs Ordinance, in which no such remedy can be found.

4. *Interim conclusions*

Professor *E.J. Mestmäcker* has pertinently pointed out that, "[i]n law the most important institutional arrangements are the intra-legal criteria of precedent, custom, tradition, expected ways of doing things and predicted patterns of behavior".[63] The Israeli experience provides an exemplary manifestation of the correctness of this statement. When legal literature abandons its function to develop the law and establish its rules in keeping with these criteria, and instead chooses to develop the law in line with innovative theories based on inter-

---

[61] See, e.g., *Davron Import & Export Ltd.* v. *Fisher Price Inc.,* Civil Appeal 1248/15, Nevo electronic database (31.8.2017).

[62] *Estate of Michael Ettinger,* Civil Appeal 140/00, Nevo electronic database (15.3.2004).

[63] *E.J. Mestmäcker,* Legal Theory without Law – Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law, 2008, 46.

disciplinary studies, it stands the risk of creating uncertainty, frustrating legitimate expectations, and undermining the basic foundations of the legal system.

VI. The Way Forward

The Israeli legal system is still in search of its course. The development of the *Halakhah* has been continuous and held the Jewish People together even after they had been expelled from their homeland and scattered among all nations on earth. By contrast, modern Israeli law is the product of its various layers, drifting between its somewhat shaky common law foundations, and an indeterminate perception of civilian legal systems, without fitting properly into either of them.

The shift from the mixed legal system that Israel now has, to a civilian style code informing private persons and business people of their rights and duties without having to turn to a court in the first place, will be a defining event in the life of the State. If carried out properly it will also be a tribute to legal scholarship, being capable of providing the legal infrastructure that is necessary for the functioning of the economy. To that end, a process of conceptualizing and structuring the code is necessary, to ensure that the application of the rules will display doctrinal clarity and systematic consistency. The successful experience of Jewish law has shown the necessity of undertaking a preparatory study, analyzing existing legal rules and the function of each legal category within Israeli private law, after having collected and studied the pertinent case law, and taking account of the needs of modern society.

The feasibility of filling *lacunae* in modern Israeli law by reference to Jewish law may be called into question. It requires, at the outset, an adaptation of both systems, an endeavour which has not been undertaken seriously until now. Moreover, as long as Jewish law, in all its complex facets, is not made part of the law school curriculum, the achievement of this goal does not seem to be realistic. No more than lip service would be paid to the importance of Jewish law in Israeli daily life, without offering any other reasonable alternative for filling *lacunae* in the legal system.[64]

Israel's performance in many fields is marked by great success. Israel provides the Jewish People with a safe haven in our Promised Land. As noted in the preface to the British Mandate, "recognition has thereby been given to the historical connection of the Jewish People with Palestine [i.e., the Land of

---

[64] In this respect one might think of a rule similar to Art. 1 Swiss Civil Code, which states that: "(2) If no relevant provision can be found in a statute the court must decide in accordance with the customary law and, in its absence, in accordance with the rule which it would, were it the legislator, adopt. (3) In so doing, it must pay attention to accepted doctrine and case-law."

Israel, T. E.], and to the grounds for reconstituting their National Home in that country". We live in relative security, and are able to assume the responsibility for protecting ourselves. The whole population of Israel, both Jewish and Arab, has enjoyed a pronounced improvement in its standard of living evidenced by economic indicators. Research and development have turned a semi-arid land into an agricultural success. When exports of labour-intensive industries became less profitable, the Israeli economy was able to shift to high-tech products. In addition, Israel's foreign relations with other countries across all continents are thriving. Israel's success is especially striking in view of the other challenges that it has faced since its establishment, namely the large influx of Jewish immigrants from the four corners of the earth and the heavy security burden.

All of the above provide a foundation for much optimism. In a similar manner to other infrastructures that have been taken care of, the time has now come to mend the Israeli legal system and allow it better to serve the needs of Israel and to deal adequately with the challenges of the 21st century.

As demonstrated in this paper, even a comprehensive civil code would not suffice, without its rules, the application of these rules in practice, and their suitability to changing circumstances being critically analyzed and regularly developed by legal scholars.

To have a working civilian legal system that will be able to meet the continuous challenges with which the practical world confronts us, there is a need for commentaries, monographs, law journals and case notes, authored by both academic lawyers and practitioners. Consequently, the Israeli legal system is in dire need of a fresh outlook concerning the role of legal literature. May this paper serve as a modest contribution towards this very worthy end.

Kommentare im europäischen Privatrecht

Rezeption einer Literaturform

Jens Kleinschmidt

I. Eingrenzung des Themas: europäisches Privatrecht

Wer der Literaturform des Kommentars im europäischen Privatrecht nachspürt, stößt bald auf ein ernüchterndes Zitat aus der Feder zweier Herausgeber dieses Bandes: Im Bereich des europäischen Vertragsrechts scheine der Ansatz eines modernen Kommentars weniger plausibel, weil dort noch weitgehend die nötige legislative Grundlage fehle.[1] Vorderhand ernüchtern muss dieses Zitat, wenn als „[e]lementares Strukturkriterium eines Kommentars […] sein Bezug auf einen autoritativen Referenztext“[2] gilt. In der Tat kann dieser Beitrag zum europäischen Privatrecht – anders als die in diesem Band

[1] *N. Jansen/R. Zimmermann,* in: dies. (Hg.), Commentaries on European Contract Laws, 2018, General Introduction Rn. 7: „In the field of European contract law, however, such an approach [of a modern commentary] appears to be less plausible as, to a large extent, it is still lacking the necessary legislative basis.“ Ähnlich bereits *N. Jansen,* Commenting upon European Contract Law, GPR: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2015, 2–10, 3.

[2] *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 289; ähnlich *T. Henne,* Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 317–329, 320.

enthaltenen Berichte zu einzelnen nationalen Rechtsordnungen oder Rechtskreisen – nicht ohne Weiteres auf eine feststehende Referenzrechtsordnung verweisen. Weder wird europäisches Privatrecht von einem einzigen Regelsetzer hervorgebracht, noch lässt es die Kohärenz, Vollständigkeit oder Systematik erkennen, die nationalen Rechtsordnungen eignet.[3] Erforderlich ist somit zunächst eine Begriffsklärung, die zugleich der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes dient.

Wenn in diesem Beitrag von europäischem Privatrecht die Rede ist, so soll dies in Anlehnung an etablierte Umschreibungen geschehen, die von einer Zusammenschau verschiedener Entwicklungsstränge geprägt sind und die Multidimensionalität des europäischen Privatrechts einzufangen versuchen. Sowohl das visionäre Gründungsmanifest der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht aus dem Jahre 1993 als auch die enzyklopädische Bestandsaufnahme der „Max Planck Encyclopedia of European Private Law" gut zwanzig Jahre später nennen vier, miteinander verwobene Komponenten, aus denen sich europäisches Privatrecht zusammensetzt: (1) Rechtsgeschichte in Gestalt der gemeinsamen Grundlage im historischen *ius commune;* (2) Rechtsvergleichung, also der *acquis commun;* (3) Einheitsrecht auf völkerrechtlicher Grundlage; (4) Unionsprivatrecht, also der *acquis communautaire.*[4]

Zwei dieser Komponenten lassen sich für die Zwecke dieses Aufsatzes abschichten, weil sie Gegenstand eigener Beiträge sind. Dies betrifft zum einen die historischen Grundlagen und die Entwicklung des Kommentarwesens, die zudem früher bereits von *David Kästle-Lamparter* umfassend aufbereitet wurden.[5] Zum anderen betrifft dies das transnationale Einheitsrecht auf völkerrechtlicher Grundlage, mit dem sich *Ralf Michaels* in seinem Beitrag über Kommentare zum transnationalen Privatrecht befasst.[6] Als Abgrenzungskriterium zum transnationalen Privatrecht soll der geographische Bereich dienen, auf den ein Regelwerk abzielt. Damit liegen insbesondere die Konventionen des Einheitsrechts wie das UN-Kaufrecht – trotz dessen Prägekraft auf das europäische Privatrecht[7] – aufgrund ihres weltweiten Anspruchs außerhalb

---

[3] *N. Jansen,* Europäisches Privatrecht, in: J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 548–551, 549: Es handelt sich „weniger um eine voll entwickelte Rechtsordnung als um ein politisches und wissenschaftliches Projekt".

[4] *J. Basedow et al.,* Editorial, ZEuP 1 (1993), 1–3; *J. Basedow/K.J. Hopt/R. Zimmermann,* Preface, in: dies. (Hg.), Max Planck Encyclopedia of European Private Law, 2012, v–vii, v.

[5] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 19–288; *ders.,* Kommentarkulturen? Einführung und historische Einordnung, in diesem Band, 1–24, 5 ff.; siehe auch *Henne,* Entstehung des Gesetzeskommentars (Fn. 2), 323 ff.

[6] *R. Michaels,* Kommentare zum transnationalen Privatrecht, in diesem Band, 395–416.

[7] Zum Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Principles of European Contract Law siehe CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 11; *O. Lando,* CISG and Its

des Untersuchungsgegenstands. Gleiches gilt für die Konventionen des Transportrechts oder für die kollisionsrechtsvereinheitlichenden Übereinkommen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht.

Für den vorliegenden Beitrag verbleiben somit von den vier genannten Komponenten einerseits der *acquis communautaire* und andererseits der *acquis commun.* Ersterer ist vergleichsweise gut fassbar; er bezeichnet das positive von der EU „geschaffene oder mitgeprägte Privatrecht",[8] das sodann den Referenztext einer Kommentierung bilden kann. Der *acquis commun* ist naturgemäß diffuser zu greifen. Doch lassen sich auch hier potentielle Referenztexte finden. Den *acquis commun* destillieren in regelförmigem Stil[9] die auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeiteten nichtlegislativen Regelwerke mit europäischem Fokus heraus.[10] Es sind dies die *Principles of European Con-*

Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law, American Journal of Comparative Law 53 (2005), 379–401, 381 („CISG has had a substantial influence on the terminology and the rules relating to formation, contents, performance and non-performance of the PECL"). Zum Einfluss auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie siehe *S. Grundmann,* in: ders./C.M. Bianca (Hg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie. Kommentar, 2002, Einl Rn. 1 ff. („Das UN-Kaufrecht als Ziel- und als Ausgangspunkt"). Zum Einfluss auf die Reform nationaler Rechtsordnungen siehe z.B. die Beiträge in *F. Ferrari* (Hg.), The CISG and its Impact on National Legal Systems, 2008; *U. Magnus,* Rabels Einfluss auf das CISG und die europäische Kaufrechtsentwicklung, in: S. Lorenz/P. Kindler/A. Dutta (Hg.), Einhundert Jahre Institut für Rechtsvergleichung an der Universität München. Kaufrecht und Kollisionsrecht von Ernst Rabel bis heute, 2018, 89–110, 108 f.; *P. Schlechtriem,* 10 Jahre CISG – Der Einfluß des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts, Internationales Handelsrecht 2001, 12–18; *R. Schulze,* The New Shape of European Contract Law, Journal of European Consumer and Market Law 2015, 139–144, 139 f. Der die französische Vertragsrechtsreform begleitende Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations gibt zwar nicht das CISG, wohl aber die davon inspirierten Texte als Einfluss an.

[8] *R. Zimmermann,* Editorial, ZEuP 1 (1993), 439–441, 439; siehe auch *Jansen,* Europäisches Privatrecht (Fn. 3), 550.

[9] Daneben führte das Bestreben, europäisches Privatrecht und europäische Privatrechtswissenschaft zu erfassen, zur Herausbildung einer neuartigen Gattung von Lehr- und Handbüchern wie z.B. *C. von Bar,* Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 2 Bde., 1996/1999; *ders.,* Gemeineuropäisches Sachenrecht, 2 Bde., 2015/2019; *H. Beale/B. Fauvarque-Cosson/J. Rutgers/S. Vogenauer,* Cases, Materials and Text on Contract Law, 3. Aufl., 2019; *H. Kötz,* Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015; *F. Ranieri,* Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl., 2009; *P. Schlechtriem,* Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, 2 Bde., 2000/2001; *C. van Dam,* European tort law, 2. Aufl., 2013; *W. van Gerven/J.F. Lever/P. Larouche,* Tort Law, 2000. Vorreiter sind *H. Coing,* Europäisches Privatrecht, 2 Bde., 1985/1989, und *R. Zimmermann,* The Law of Obligations, 1990.

[10] *Jansen,* Europäisches Privatrecht (Fn. 3), 549 f.; aktueller Überblick in CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 9 ff.; *R. Zimmermann,* Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl., 2019, 557–598, 563 ff., 578 ff.

tract Law (PECL),[11] die *Principles of European Tort Law,*[12] die *Principles of European Family Law*[13] sowie die *Principles of European Insurance Contract Law.*[14] Seinem Inhalt nach *acquis commun* und *acquis communautaire* verschmelzen will der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR),[15] der vorliegend indes vor allem mit seinen (größeren) Anteilen am *acquis commun* relevant ist und deshalb ebenfalls in die Reihe dieser Regelwerke gestellt werden soll. Auch das European Law Institute arbeitet seit einiger Zeit in verschiedenen Projekten an der Erstellung nichtlegislativer Texte.[16]

In dieser Reihung nicht-staatlicher Regelwerke scheinen die UNIDROIT *Principles of International Contracts* (PICC) zu fehlen, zumal gerade zu ihnen bereits mehrere Kommentare vorliegen.[17] Die Wahl eines vergleichsweise leicht handhabbaren geographischen Abgrenzungskriteriums zum transnationalen Privatrecht schließt indes nicht nur das verbindliche materielle Einheitsrecht aus. Sie zeitigt auch Folgen für die Behandlung und Zuordnung nichtstaatlicher Regelwerke. Denn die geographische Differenzierung bedeutet zugleich, dass die Abgrenzung zum transnationalen Privatrecht nicht am verbindlichen Charakter des kommentierten Referenztextes festgemacht werden

---

[11] *O. Lando/H. Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law. Part I, 1995; *dies.* (Hg.), Principles of European Contract Law. Parts I and II, 2000; *O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann* (Hg.), Principles of European Contract Law. Part III, 2003. Siehe außerdem die französische Weiterentwicklung der PECL in *Association Henri Capitant/Société de législation comparée* (Hg.), Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, 2008.

[12] *European Group on Tort Law* (Hg.), Principles of European Tort Law, 2005; zur weiteren Arbeit der Gruppe siehe <www.egtl.org>.

[13] *K. Boele-Woelki et al.* (Hg.), Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, 2004; *dies.* (Hg.), Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, 2007; *dies.* (Hg.), Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, 2013; *K. Boele-Woelki et al.* (Hg.), Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in *de facto* Unions, 2019.

[14] *J. Basedow et al.* (Hg.), Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), 2. Aufl., 2016.

[15] *C. v. Bar/E. Clive* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, 6 Bde., 2009. In diesen Kontext gehören auch die Bände der Principles of European Law.

[16] Siehe näher <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications>.

[17] Zuletzt *UNIDROIT* (Hg.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 2016 (frühere Versionen aus den Jahren 1994, 2004 und 2010). Kommentierungen in *E. Brödermann,* UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An article-by-article commentary, 2018 (auch erschienen in: *P. Mankowski* [Hg.], Commercial Law. Article-by-Article Commentary, 2019, 462–827); *D. Morán Bovio* (Hg.), Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional, 2. Aufl., 2003; *S. Vogenauer* (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., 2015.

kann. Somit bleiben auch die UNIDROIT PICC und die hierzu erschienenen Kommentare außen vor, weil sie sowohl in Bezug auf den Kreis ihrer Verfasser als auch in ihrem Adressatenkreis global und nicht allein europäisch ausgerichtet sind. Die Nähe der UNIDROIT PICC insbesondere zu den PECL[18] wird es zwar erforderlich machen, von Zeit zu Zeit Querverbindungen herzustellen, doch bleibt die Analyse der Kommentarliteratur zu den UNIDROIT PICC im Kern dem Beitrag zum transnationalen Privatrecht überlassen.

Die Konzentration auf *acquis communautaire* und *acquis commun* wird auch die Struktur dieses Beitrags vorgeben. Dieser Zweiteilung werden im Schrifttum weitreichende Folgerungen zugeschrieben. So heißt es, das Unionsprivatrecht trage einen „instrumentellen, regulatorischen Charakter", während der *acquis commun* als Privatrecht der Mitgliedstaaten „traditionell ausgleichsbezogen" sei.[19] Beide hätten unterschiedliche Rationalitäten.[20] Für die Zwecke des vorliegenden Beitrags spielen diese Zuschreibungen eine untergeordnete Rolle. Im Lichte der einleitenden Überlegungen zur Suche nach einem Referenztext ist vielmehr ein anderer Aspekt herauszustellen. Die Zweiteilung läuft weitgehend, aber nicht völlig parallel mit einer Unterteilung in *hard law* und *soft law* (bzw. legislativen und nichtlegislativen Texten). Zugleich ist vorwegzuschicken, dass diese (doppelte) Zweiteilung einen nützlichen Analyserahmen vorgeben wird, aber in einzelnen Fällen nicht trennscharf ist. So ist etwa der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law;* CESL)[21] als Vorschlag für einen Rechtsakt der EU dem *acquis communautaire* zuzuweisen. Der Vorschlag speist sich indes aus Vorarbeiten, die aus dem *acquis commun* hervorgegangen sind.[22] Wie sehr gerade an diesem Punkt die Grenzen zwischen beiden Komponenten verschwimmen können, zeigt ein maßgeblich hier zu untersuchendes Werk, nämlich die „Commentaries on European Contract Laws", deren Referenztexte aus dem *acquis communautaire* wie aus dem *acquis commun* stammen.[23]

---

[18] Zu Überlappungen in Entstehung und Inhalt *M.J. Bonell,* An International Restatement of Contract Law, 3. Aufl., 2005, 335 ff.; *A. S. Hartkamp,* Principles of Contract Law, in: ders. et al. (Hg.), Towards a European Civil Code, 4. Aufl., 2011, 239–250.

[19] *Jansen,* Europäisches Privatrecht (Fn. 3), 550.

[20] *R. Michaels,* Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law, in: R. Brownsword *et al.* (Hg.), The Foundations of European Private Law, 2011, 139–158.

[21] Vorschlag der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg.

[22] *H. Schulte-Nölke,* Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: ders. *et al.* (Hg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, 1–20, 17.

[23] Dazu unten III.3.

II. Kommentare im und zum *acquis communautaire*

1. *Anwendungsbezug als Leitkriterium*

a) *Verordnungen und Richtlinien*

Innerhalb des *acquis communautaire* kommen als Referenztexte vor allem die privatrechtsbezogenen Akte des Sekundärrechts, d.h. Verordnungen und Richtlinien, in Betracht. Verordnungen und Richtlinien unterscheiden sich maßgeblich in ihrer Wirkungsweise (Art. 288 AEUV). Während Verordnungen bekanntlich allgemeine, unmittelbare Geltung entfalten, richten sich Richtlinien an die Mitgliedstaaten und erfordern eine Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber. Unmittelbar anwendbar ist dann – grundsätzlich und vorbehaltlich eines Umsetzungsfehlers – nur das nationale Umsetzungsgesetz. Dieser Unterschied schlägt sich offenbar unmittelbar in der Kommentierungspraxis nieder. Wie wahrscheinlich es ist, dass ein EU-Rechtsakt zum Referenztext eines Kommentars wird, hängt maßgeblich von seiner unmittelbaren Anwendbarkeit ab. Kommentierungen zu Verordnungen existieren in immer größerer Zahl. Es kommen regelmäßig Neuerscheinungen hinzu; bestehende Kommentare erscheinen in Neuauflagen. Kommentierungen zu Richtlinien sind bislang eher ungewöhnlich und selten. Kommentiert wird vielmehr der unmittelbar anwendbare nationale Umsetzungsakt in der nationalen Kommentierungstradition.[24] Selbstverständlich sind auch Richtlinien geltendes, anwendbares Recht. Doch das Gericht, das sie unmittelbar anwendet, ist der EuGH, der indes keine Autoritäten zitiert.[25] Nationale Gerichte interessieren sich für die Richtlinie in der Regel[26] mittelbar und auch nur dann, wenn die Richtlinienkonformität des nationalen Umsetzungsrechtsakts in Streit steht. Das deutet darauf hin, dass aus gerichtlicher Perspektive ein vergleichsweise geringes Bedürfnis nach einem Kommentar und seiner Strukturierungsleistung besteht. Im wissenschaftlichen Diskurs mag ein Bedürfnis nach einer Erläuterung der Richtlinie durchaus bestehen. Soweit ein derartiges Bedürfnis be-

---

[24] Diese Beobachtung machen im durch europäisches Richtlinienrecht geprägten Aktienrecht auch *U. Noack/D. Zetzsche,* Kommentieren und Kommentare im europäisch-deutschen Wirtschaftsrecht, in: Recht im Wandel deutscher und europäischer Rechtspolitik. Festschrift 200 Jahre Carl Heymanns Verlag, 2015, 213–227, 216: „Solange das mitgliedstaatliche Gesetz die nach außen einzig autoritative Rechtsquelle ist, während die Richtlinie präformierend wirkt, wird es bei der herkömmlichen Gesetzeserläuterung bleiben.“; siehe aber auch *loc. cit.,* 222 zu neueren Tendenzen, doch die Richtlinie zu kommentieren, wenn diese maximalharmonisierend kaum Umsetzungsspielraum lässt.

[25] Siehe auch *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 223.

[26] Zum Fall der Vorwirkung von Richtlinien vor Erlass eines Umsetzungsgesetzes siehe *C. Hofmann,* Die Vorwirkung von Richtlinien, in: K. Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., 2015, 326–346, Rn. 29 ff.

steht, macht sich der Diskurs die Kommentarform indes nicht zunutze, sondern befriedigt es auf andere Weise, z. B. durch einführende Aufsätze.

Drei Beispiele lassen sich – über den bloßen Zählvergleich bestehender Kommentare hinaus – als Beleg für diese Beobachtung anführen, dass Anwendbarkeit und „Anwendungsbezug" nicht nur allgemein „für juristische Kommentare charakteristisch"[27] sind, sondern auch entscheidendes Kriterium für die Wahrscheinlichkeit, ob ein unionsrechtlicher Text zum Referenztext einer Kommentierung wird.

b) *Das Beispiel des CESL*

Charakteristisch ist erstens das Beispiel des Verordnungsvorschlags vom Oktober 2011 für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Darin hatte die Europäische Kommission ein optionales Instrument für grenzüberschreitende Kaufverträge entworfen: Immer dann, wenn auf einen Kaufvertrag das Recht eines Mitgliedstaats anwendbar war und der Vertrag in den Anwendungsbereich des CESL fiel, sollte den Parteien die Option eingeräumt werden, anstelle des nationalen mitgliedstaatlichen Kaufrechts die Regeln des CESL zur Anwendung zu bringen. Nach lebhafter Diskussion auf politischer wie auf wissenschaftlicher Ebene wurde der Verordnungsvorschlag im Dezember 2014 von der Kommission nicht mehr weiterverfolgt.[28] Mit seiner Wiederbelebung ist in näherer Zeit nicht zu rechnen.

Die Regeln des CESL sind nicht vom Himmel gefallen, sondern bauen auf älteren Regelwerken des europäischen Vertragsrechts – insbesondere dem DCFR und den PECL – auf. Während jedoch die älteren, unverbindlichen Regelwerke kaum Gegenstand einer Kommentierung wurden,[29] entstanden noch während des Entwurfsstadiums zwei Initiativen, die den Verordnungsvorschlag als Referenztext wählten.[30] Weitere Kommentare befanden sich in Planung. Dieser grundverschiedene Kommentierungsanreiz trotz der vergleichbaren Materie und teilweise wortgleichen Inhalte lässt sich mit der zu erwartenden Anwendbarkeit des CESL als Verordnung erklären. Nach Verabschiedung eines endgültigen Verordnungstextes hätten sich diese Kommentare bereits am Markt positioniert und dann in einer Neuauflage auf den anwendbaren Text umstellen können. Mit dem Rückzug des Verordnungsvorschlags durch die Kommission wurden diese Pläne, wie auch weitere geplante Kommentierungen,[31] nicht weiterverfolgt.

---

[27] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 291, 336.

[28] Näher *J. Basedow,* Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Das Ende eines Kommissionsvorschlags, ZEuP 23 (2015), 432–435.

[29] Näher unten III.1.a).

[30] *M. Schmidt-Kessel* (Hg.), Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar, 2014; *R. Schulze* (Hg.), Common European Sales Law (CESL) – Commentary, 2012.

Der Umstand, dass sich die erschienenen Kommentare auf einen Verordnungsvorschlag – und damit einen notwendig ephemeren, nicht mit Gesetzeskraft ausgestatteten Text – bezogen, sollte nicht in Frage stellen, dass die zukünftige Anwendbarkeit eine maßgebliche Triebfeder darstellte. Jedenfalls zu der Zeit, als diese Kommentierungen des CESL konzipiert und verfasst wurden, bestand die Erwartung, dass daraus ein von der EU erlassener legislativer Referenztext würde. Der optionale Charakter des CESL sollte dabei nicht zu sehr von dessen Rechtsnatur als Verordnung ablenken und das CESL zu einem nur „potentiell normativen Referenztext" werden lassen, um es auf eine ähnliche Stufe wie die nichtlegislativen Rechtstexte zu stellen.[32] In den Vordergrund zu rücken ist vielmehr der formale Aspekt, dass es sich um anwendbares staatliches Recht handelt (bzw. nach Verabschiedung handeln würde).[33] Weder beim UN-Kaufrecht, aus dem die Parteien nach Art. 6 CISG herausoptieren können, noch bei der *Societas Europea* oder dem Europäischen Nachlasszeugnis als anderen Beispielen für optionale Instrumente des Unionsrechts[34] stehen Normativität und legislativer Charakter in Zweifel. All diese Regeln können und müssen vor staatlichen Gerichten angewendet werden – anders als die nichtverbindlichen, nicht-staatlichen Regelwerke.[35] Das CESL brauchte also keinen „Autoritätsschub"[36] aufgrund seines optionalen Charakters, den ihm ein Kommentar hätte verleihen können.

Freilich ergibt sich aus der Einräumung einer Option für die Parteien eine besondere zusätzliche Funktion eines Kommentars: Er kann Rechtsunterworfenen eine Hilfe bieten bei der Entscheidung, ob sie in das optionale Instrument

---

[31] Zur nunmehr obsoleten Ankündigung eines weiteren eigenständigen Kommentars auf Deutsch und Englisch siehe *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 98 Fn. 645.

[32] So aber *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 98; *D. Kästle,* Juristische Kommentare – theologische Kommentare. Von der Farbe des Chamäleons, in: ders./ Jansen, Kommentare (Fn. 2), 393–450, 409; ähnlich für die zum CESL-Vorschlag entstandenen Kommentare *G. Christandl,* Rezension: Schmidt-Kessel, GEK, und Schulze, CESL (Fn. 30), GPR: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2015, 54–55 („Stärkung der Autorität des Referenztextes").

[33] Vgl. auch *N. Jansen,* The Making of Legal Authority, 2010, 94: „[legislation does] not include complementary authority elements".

[34] Überblicke in *H. Fleischer,* Optionales europäisches Privatrecht („28. Modell"), RabelsZ 76 (2012), 235–252, 239 ff.; *J. Kleinschmidt,* Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht, RabelsZ 77 (2013), 723–785, 750; *M. Stürner,* Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht, in: Schulte-Nölke *et al.,* Entwurf (Fn. 22), 47–84, 51 f.

[35] Siehe nur *J. von Hein,* in: T. Rauscher (Hg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl., 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 49 ff.; speziell zu den kollisionsrechtlichen Grundlagen optionalen Rechts *M. Fornasier,* „28." versus „2. Regime" – Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europäischen Vertragsrechts, RabelsZ 76 (2012), 401–442.

[36] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 98; *ders.,* Juristische Kommentare (Fn. 32), 409.

hineinoptieren wollen.[37] Inwieweit ein CESL-Kommentar es tatsächlich leisten kann, Unterschiede zu einer einzelnen nationalen Rechtsordnung aufzuzeigen, ist angesichts der Vielzahl und Verschiedenheit der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte fraglich.[38] Doch kann ein derartiger Vergleich immerhin selektiv stattfinden, und vor allem kann in einem Kommentar aus dem CESL-Text selbst heraus dessen Überzeugungskraft evaluiert werden.[39] In diesem Sinne ist dann auch denkbar, dass die Verbreitung von Kommentaren der Sichtbarkeit und „praktischen Wirksamkeit" eines optionalen Referenztextes hilft und damit auch beeinflusst, in welchem Maße er tatsächlich akzeptiert wird.[40]

„Potentiell normativ" war das CESL zur Zeit der Entstehung der Kommentare freilich in einem anderen Sinne. Denn eine weitere Besonderheit ergibt sich daraus, dass diese Kommentare bereits während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens erschienen sind.[41] Es handelte sich um Kommentare zu einem Entwurfstext. Vorläufig konnte noch kein Rechtsanwender Adressat des Kommentars werden. Vielmehr wird ein starker Wille der Kommentatoren zur Mitgestaltung durch Textkritik erkennbar.[42] Ein Kommentar, der sich bereits auf den Entwurf eines Gesetzes bezieht, weist eine ausgeprägte „Steuerungsfunktion"[43] auf. Er kann und will sich im Gesetzgebungsverfahren Gehör verschaffen, um auf die Genese des endgültigen (Referenz-)Textes Einfluss zu nehmen.[44] An der Funktion, die Rechtspraxis auf die neuen Re-

---

[37] *Jansen,* Commenting (Fn. 1), 4 sieht hierin sogar das vorrangige Anliegen möglicher Nutzer eines CESL-Kommentars; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 98. Für Kommentare zum Verordnungsvorschlag trifft diese Beobachtung freilich nur in eingeschränktem Maße zu.

[38] Vgl. die Beobachtungen bei *Christandl,* Rezension Schmidt-Kessel und Schulze (Fn. 32), 55. Möglicherweise läge für diese Funktion die Antwort in Kommentaren, die einen Vergleich mit nur wenigen nationalen Rechtsordnungen suchen, der dann im Gegenzug tiefer gehen könnte.

[39] *Jansen,* Commenting (Fn. 1), 4.

[40] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 98.

[41] Dies betont auch *Christandl,* Rezension Schmidt-Kessel und Schulze (Fn. 32), 54, im Vergleich zu Kommentaren auf nationaler Ebene. In *dieser* Hinsicht lässt sich auch eine „Stabilisierungsfunktion" annehmen, vgl. oben Fn. 32.

[42] Kommentierungen in *Schulze,* CESL (Fn. 30) folgen einem einheitlichen Schema, das nach eher exegetischen Abschnitten mit einem – teils kürzer, teils länger ausgefallenen – Abschnitt „Criticism" schließt. Siehe auch *W. Tilmann,* Rezension: Schulze, CESL (Fn. 30), ZEuP 22 (2014), 227–228.

[43] Ähnlich *Christandl,* Rezension Schmidt-Kessel und Schulze (Fn. 32), 55 (der indes vor allem eine Stabilisierungsfunktion erkennt); zum Begriff *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 321.

[44] Siehe auch *R. Schulze,* Preface, in: ders., CESL (Fn. 30), v (zur doppelten Zielsetzung des Kommentars, den Rechtsanwender auf das CESL vorzubereiten und während des Gesetzgebungsverfahrens mögliche Verbesserungen vorzuschlagen); *M. Schmidt-Kessel,* Vorwort, in: ders., GEK (Fn. 30), V (was liege näher, „als das noch laufende Gesetzgebungsverfahren mit einem weiteren Impuls zu begleiten").

geln vorzubereiten, bestehen demgegenüber angesichts der Vorläufigkeit des Entwurfstextes Zweifel.[45]

Damit lässt sich zwanglos die Beobachtung vereinbaren, dass ein Kommentar zu einem absehbar nicht anwendbaren Text offenbar sinnlos erschien. Mit dem gesetzgeberischen Rückhalt schwanden die Pläne zur Kommentierung. Der wissenschaftliche Diskurs über ein europäisches Vertragsrecht, der das Ende des Verordnungsvorschlags überdauerte, genügte nicht als Anreiz, die Literaturform des Kommentars zu wählen.[46]

c) Das Beispiel des Reiserechts

Ein zweites Beispiel für die überragende Bedeutung der Anwendbarkeit eines Textes bildet das Reiserecht. Dieses wird heute durchzogen von einer Reihe europäischer Rechtsakte: Passagierrechte im Flug-, Eisenbahn-, Schiffs- und Busverkehr werden jeweils in Verordnungen niedergelegt.[47] Der Harmonisierung des Pauschalreiserechts dient eine, inzwischen überarbeitete, Richtlinie.[48] Während nun aber mehrere Kommentierungen der Fluggastrechteverordnung existieren – teils in größere Kommentarwerke integriert, teils als eigenständiges Werk[49] –, ist die Pauschalreiserichtlinie kaum Gegenstand einer Kommentierung. Stattdessen finden sich zahllose Kommentierungen der §§ 651a ff. BGB, mit denen die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wird, und zwar

---

[45] So auch *Christandl,* Rezension Schmidt-Kessel und Schulze (Fn. 32), 54.

[46] Zu anderen Literaturformen im europäischen Privatrecht siehe unten III.4.

[47] Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. 2004 L 46/1; Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. 2007 L 315/14; Verordnung (EU) Nr. 1177/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. 2010 L 334/1; Verordnung (EU) Nr. 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, ABl. 2011 L 55/1.

[48] Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. 2015 L 326/1.

[49] Integrierte Kommentierungen finden sich in den Online-Kommentaren BeckOK (R. Schmid [Hg.], BeckOK Fluggastrechte-Verordnung, 13. Edition, Stand: 1.1.2020) und BeckOGK (J.D. Harke [Hg.], beck-online.Großkommentar Fluggastrechte-VO, 2020); als eigenständiges Werk *A. Staudinger/S. Keiler* (Hg.), Fluggastrechte-Verordnung, 2016. Gedruckt erschienen ist auch *R. Schmid* (Hg.), Fluggastrechte-Verordnung, 2018.

überwiegend integriert in BGB-Kommentare, teils auch als eigenes Werk.[50] Ein maßgebliches Handbuch zum Reiserecht[51] enthält ausführliche Kommentierungen der BGB-Vorschriften zum Pauschalreisevertrag (§§ 651a ff. BGB) sowie der Fluggastrechteverordnung einerseits und eine im Vergleich dazu sehr knappe Kommentierung der Pauschalreiserichtlinie andererseits.

d) Das Beispiel der Behandlung von Verordnungen und Richtlinien in einem Gesamtwerk

Was für das Handbuch zum Reiserecht gilt, lässt sich auch in anderen Handbüchern beobachten. Charakteristisch ist das von *Martin Gebauer* und *Thomas Wiedmann* herausgegebene Werk zum „Zivilrecht unter europäischem Einfluss".[52] In diesem Buch werden Verordnungen und Richtlinien mit privatrechtlichem Bezug erläutert. Soweit es dabei um Richtlinienrecht geht, wird jeweils nach einem Abdruck des Richtlinientextes als Ganzes kurz in die Richtlinie und ihre Umsetzung eingeführt, bevor sodann die einschlägigen Normen des Umsetzungsgesetzes im Lichte der Richtlinie in Aufsatzform entfaltet werden. Diese Aufsätze gehen zwar – insofern dem Anliegen eines Kommentars nicht unähnlich – exegetisch vor; es fehlt ihnen aber die äußere Form des Kommentars. Verordnungen hingegen werden Artikel für Artikel kommentiert; die Erläuterungen stehen jeweils kommentartypisch unter dem fettgedruckten Referenztext. Es handelt sich der Form nach um eine Hybridlösung, die sich offenkundig daran orientiert, mit welcher Norm der Rechtsanwender arbeiten muss.[53]

e) Befund und Wandlungen

Diese Beispiele stützen die Hypothese vom Anwendungsbezug als Leitkriterium. Sie bestätigen zugleich für den Bereich des *acquis communautaire* das „Paradigma des Gesetzeskommentars".[54] Freilich muss vermerkt werden, dass sich in neuester Zeit ein gewisser Wandel abzeichnet: Derzeit erscheinen in einer Reihe „International and European Business Law" (herausgegeben von *Reiner Schulze* und *Matthias Lehmann*) mehrere Kommentare in englischer Sprache, die in der Regel nicht auf einen einzelnen Text, sondern auf mehrere

---

[50] *E. Pick,* Reiserecht, 1995; *K. Tonner,* Der Reisevertrag, 5. Aufl., 2007.

[51] *E. Führich/A. Staudinger,* Reiserecht, 8. Aufl., 2019.

[52] *M. Gebauer/T. Wiedmann* (Hg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., 2010.

[53] Ähnlich die Beobachtungen von *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 216 f., zum Aktienrecht: Innerhalb eines einheitlichen Kommentarwerks werde einerseits die SE-Verordnung und andererseits das auf der SE-Richtlinie beruhende nationale Umsetzungsgesetz erläutert.

[54] Formulierung von *Kästle,* Juristische Kommentare (Fn. 32), 407, wo dies Paradigma freilich gerade in Zweifel gezogen wird.

Texte zu einem Themenkomplex ausgerichtet sind. Unter diesen Texten sind immer wieder auch Richtlinien zu finden. Als Beispiel mag der angekündigte Kommentar zum „EU Digital Law“ dienen, der Erläuterungen der neuen Richtlinie über digitale Inhalte, der Verbraucherrechterichtlinie, der E-Commerce-Richtlinie sowie der Portabilitäts-Verordnung enthalten soll.[55] Ein anderes Beispiel ist ein Kommentar zum „Commercial Law“, der zum Beispiel Kommentierungen zu UN-Kaufrecht, UNIDROIT PICC und Handelsvertreterrichtlinie in einem Band vereint.[56] Über die Gründe für diese Entwicklung lässt sich nur spekulieren: Rechtfertigt der mit einem englischsprachigen Kommentar angesprochene europaweite Leserkreis eher ein Eingehen auf die Richtlinie statt auf ein nationales Umsetzungsgesetz? Wird hier – ähnlich wie oben für das CESL beobachtet – eine Kommentierung für nationale Umsetzungsrechtsakte vorbereitet?[57] Hierauf ist unten zurückzukommen.

2. *Verordnungen*

a) *Das Beispiel des Kollisionsrechts*

Unter den vielen Rechtsbereichen, die Kommentare zu EU-Verordnungen hervorgebracht haben,[58] sticht als Paradebeispiel das Kollisionsrecht heraus. Allein dieses soll im Folgenden näher beleuchtet werden. Verordnungen zum Kollisionsrecht werden in ganz unterschiedlichen Formaten zum Referenztext. Vielfältig sind zunächst die Erscheinungsformen der Kommentierungen: Gebundene Werke stehen neben Loseblattsammlungen, Print-Werke neben reinen Online-Kommentaren.[59]

Vielfältig ist aber vor allem die Art der Werke. Teilweise sind Kommentierungen integriert in (mehrbändige) Kommentarwerke zum Bürgerlichen Recht. BGB-Kommentare schließen traditionell das Kollisionsrecht des

---

[55] *R. Schulze/D. Staudenmayer* (Hg.), EU Digital Law. Article-by-Article Commentary, angekündigt für 2020. Der Mitherausgeber Staudenmayer war als Referatsleiter für Vertragsrecht in der Generaldirektion Justiz und Verbraucher der Europäischen Kommission maßgeblich an der Entstehung einiger der kommentierten Texte beteiligt. Zu diesem Phänomen auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 98, dessen (zum CESL geäußerte) Vermutung der Intention, die „autoritätsstabilisierende Wirkung von Kommentaren […] bewusst als Mittel zur ‚Recht-Fertigung'“ einzusetzen, hier freilich nicht verfängt: Eine Richtlinie ist geltendes Recht.

[56] *Mankowski,* Commercial Law (Fn. 17).

[57] Dagegen spricht, dass zu anderen Richtlinien, die in der Reihe kommentiert werden, bereits Umsetzungsgesetze vorliegen.

[58] Neben der bereits oben II.1.c) erwähnten Fluggastrechteverordnung können etwa die Datenschutzgrundverordnung oder die SE-Verordnung als weitere Beispiele genannt werden.

[59] Nur online erscheinen *C. Budzikiewicz/M.-P. Weller/W. Wurmnest* (Hg.), beck-online. Großkommentar, Rom I-VO; Rom II-VO; Rom III-VO; EuErbVO; EU-UnterhaltsVO, 2020; *M. Herberger et al.* (Hg.), juris Praxiskommentar BGB, Bd. 6: Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, hg. v. M. Würdinger, 9. Aufl., 2020.

EGBGB ein. Mit der Ablösung oder Überlagerung des autonomen Internationalen Privatrechts durch europäische Rechtsakte erläutern diese Kommentare nun bruchlos die europäischen Kollisionsnormen.[60] Ausgetauscht wurde also schlicht der Referenztext;[61] an der Behandlung der Materie in einem BGB-Kommentar wurde hingegen festgehalten, obwohl die kommentierten Normen nicht einmal mehr von demselben Normgeber wie das BGB stammten. In manchen BGB-Kommentaren hat dieser Wechsel zur Folge, dass nunmehr in einem Werk, das eigentlich dem materiellen Recht gewidmet ist, die verfahrensrechtlichen Teile etwa der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO) gleichberechtigt mitkommentiert werden.[62]

Teilweise finden sich Kommentierungen des Kollisionsrechts in Werken, die Texte zu einem bestimmten Rechtsgebiet (wie dem Erbrecht) thematisch verklammern – wobei deren Herkunft von unterschiedlichen Normgebern und teilweise deren materiell-rechtlicher, kollisionsrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Charakter keine Rolle spielen.[63] Schließlich haben die europäischen Rechtsakte Werke hervorgebracht, die sich allein der Kommentierung einer oder mehrerer kollisionsrechtlicher Verordnungen widmen.

b) Europäisierung der Kommentarliteratur?

Eine oberflächliche Betrachtung könnte den Eindruck erwecken, als seien diese Kommentare überwiegend in deutscher Sprache verfasst und als stammten Herausgeber und Autoren überwiegend aus dem deutschen Sprachraum. Tatsächlich bedarf diese Beobachtung einer mehrfachen Nuancierung.

---

[60] Jeder BGB-Kommentar könnte hier als Beispiel genannt werden, siehe etwa *F.J. Säcker et al.* (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bde. 11–12, 7. Aufl., 2018; *G. Brudermüller et al.,* Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., 2020.

[61] Siehe z.B. den völlig geräuschlosen Austausch von *K. Thorn,* in: Palandt (Fn. 60), 68. Aufl., 2009, Art. 27 ff. EGBGB durch *K. Thorn,* in: Palandt (Fn. 60), 69. Aufl., 2010, Art. 1 ff. Rom I-VO. Die alte Kommentierung der Art. 27 ff. EGBGB wurde für Altfälle in das Palandt-Archiv übernommen, siehe <https://rsw.beck.de/buecher/palandt/palhome/aufgehobenes-recht>.

[62] So z.B. im Münchener Kommentar (Fn. 60); freilich war das Internationale Nachlassverfahrensrecht auch vor der EuErbVO bereits mit abgedeckt, dann aber innerhalb der Kommentierung zu Art. 25 EGBGB a.F., siehe *A. Dutta,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2015, Art. 25 EGBGB Rn. 307–360. Das Vorgehen des Palandt (Fn. 60) ist insoweit präziser, wenn auch weniger übersichtlich: Die Kollisionsnormen der EuErbVO werden im Zusammenhang mit dem IPR und an dem vom EGBGB vorgeprägten systematischen Standort des internationalen Erbrechts erläutert, die materiell-rechtlichen Vorschriften zum Europäischen Nachlasszeugnis im systematischen Zusammenhang mit dem Erbschein des BGB.

[63] Siehe z.B. im Erbrecht *L. Kroiß/C.-H. Horn/D. Solomon* (Hg.), Nachfolgerecht. Erbrechtliche Spezialgesetze, 2. Auflage, 2019; *A. Dutta/J. Weber* (Hg.), Internationales Erbrecht, 2016; im Vertragsrecht z.B. *F. Ferrari et al.,* Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl., 2018; allgemein *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 296.

Erstens haben deutschsprachige Juristen begonnen, Kommentare in englischer Sprache zu verfassen und herauszugeben.[64] Dabei handelt es sich in der Regel nicht um Übersetzungen zunächst auf Deutsch erschienener Werke, sondern um originär auf Englisch verfasste Literatur.

Zweitens finden sich Kommentare zu EU-Verordnungen des Kollisionsrechts auch in anderen Sprachen und aus der Feder von Autoren aus anderen Sprachräumen und internationalen Autorenteams. Erwähnt seien nur einige Beispiele, um einen Eindruck von der Vielfalt zu geben: Ein in Frankreich herausgegebener Kommentar zur Rom III-VO ist – je nach Autor – auf Englisch oder Französisch verfasst.[65] In der italienischen Reihe „Le nuove leggi civili commentate" wurde auch die Rom III-VO kommentiert.[66] Der erste Kommentar zur EuErbVO überhaupt stammt von zwei Autoren aus Belgien und der Schweiz und wurde auf Französisch verfasst;[67] ein internationaler Autorenkreis hat einen Kommentar zur EuErbVO auf Deutsch, Englisch und Französisch erscheinen lassen;[68] zur EuErbVO liegen mittlerweile weitere internationale Kommentare vor.[69] Besondere Beachtung verdient bei jedem dieser Werke die Frage, welche Sprachfassung(en) des Referenztextes abgedruckt werden.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Reaktion des englischen Standardwerks zum Kollisionsrecht auf die fortschreitende Europäisierung. Seit jeher organisiert dieses Werk den Stoff auf eine Weise, die durchaus Wesensmerkmale mit einem Kommentar teilt:[70] Traditionell werden darin

---

[64] Siehe z.B. *G.-P. Calliess* (Hg.), Rome Regulations, 2. Aufl., 2015; *P. Huber* (Hg.), Rome II Regulation, 2011; *U. Magnus/P. Mankowski* (Hg.), European Commentaries on Private International Law, 4 Bde., 2016–2019.

[65] *S. Corneloup* (Hg.), Droit européen du divorce, 2013; siehe auch *dies.* (Hg.), The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation, 2020.

[66] *P. Franzina et al.,* Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20.12.2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, Le nuove leggi commentate 34 (2011), 1435–1547.

[67] *A. Bonomi/P. Wautelet,* Le droit européen des successions, 2013 (inzwischen 2. Aufl., 2016).

[68] *U. Bergquist et al.,* EU Regulation on Succession and Wills. Commentary, 2015 (auch erschienen als „Commentaire du règlement européen sur les successions" und als „EU-Erbrechtsverordnung").

[69] *A.-L. Calvo Caravaca/A. Davì/H.-P. Mansel* (Hg.), The EU Succession Regulation. A Commentary, 2016; *H.P. Pamboukis* (Hg.), EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary, 2017 (aus Griechenland); *M. Załucki* (Hg.), Unijne rozporządzenie spadkowe nr 650/2012. Komentarz, 2. Aufl., 2018 (aus Polen).

[70] *L. Collins* (Hg.), Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 2 Bde., 15. Aufl., 2012; näher *G.-P. Calliess,* Kommentar und Dogmatik im Recht. Funktionswandel im Angesicht von Europäisierung und Globalisierung, in: Kästle/Jansen, Kommentare (Fn. 2), 381–392, 386 f.; *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 128 ff.

nach Art eines Restatement Lehrsätze zum Kollisionsrecht in etwas größerem Druck formuliert und anschließend erläutert. Wohlgemerkt stammen diese Lehrsätze von den Autoren, nicht etwa von einem Gesetzgeber. Wo aber ein Teilbereich des Kollisionsrechts Gegenstand einer EU-Verordnung ist, treten deren Normen an die Stelle der privat formulierten Lehrsätze; die Erläuterungen beziehen sich damit auf die Verordnung als Referenztext. Der Schritt zu einem Kommentar ist nicht mehr groß.[71]

Interessant ist nun die Beobachtung, dass aus dieser Vielfalt und Diversifizierung – aus dieser Grenzüberwindung der Kommentaridee und der unterschiedlichen Herkunft der Werke – offenbar keine signifikanten Unterschiede für Struktur, Stil und Aufbau von Kommentar und Kommentierung folgen.[72] Ist dies ein Zeichen für eine Absicht, die „Kommentarkultur" des deutschen Sprachraums zu „exportieren"?[73] Tatsächlich bringen gerade Kommentare, die auf Englisch und damit in der faktisch vorherrschenden Sprache des europäischen Privatrechts abgefasst sind, Juristen die Literaturform des Kommentars näher, deren eigene Rechtsordnung diese Form in geringerem Maße kennt und nutzt. Ob es jedoch den Autoren darum geht, die „Kommentarkultur" zu exportieren oder nicht vielmehr schlicht ihre Ideen in der ihnen vertrauten Literaturform des Kommentars zu transportieren, ist nicht leicht zu entscheiden.[74] Der Kommentar wäre dann Medium in einem gesamteuropäischen Diskurs.[75] Dass sich dieser Diskurs gerade im Kollisionsrecht entwickeln kann, ist aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters der Materie wenig überraschend.

Inwieweit ein einzelner Kommentar dann tatsächlich an einem gesamteuropäischen Diskurs teilnimmt, also insbesondere europaweit Literatur und Rechtsprechung verarbeitet sowie auf nationale Divergenzen in der Anwendung hinweist, bleibt indes eine Frage des Einzelfalls, die sich weniger für die „internationalen" als für die auf Deutsch vorwiegend für den deutschen Buchmarkt geschriebenen Kommentare stellt. Darin wird – trotz des europäischen Gegenstands – in unterschiedlichem Maße auf Stimmen aus anderen Rechtsordnungen Bezug genommen; auch werden Probleme mehr oder weniger aus einer deutschen Perspektive entfaltet. Wieder kann das Beispiel der

---

[71] Selbe Beobachtung bei *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 70), 390.

[72] Selbe Beobachtung bei *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 70), 390; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 96.

[73] So *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 70), 390; ähnlich *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 226.

[74] Zweifelnd an einem „Export" auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 95 f. Dort auch zu verlegerischen Überlegungen, mit Hilfe von Kommentaren „internationale Büchermärkte zu erschließen". *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 70), 390 nimmt an, dass aufgrund der „Europäisierung des Rechtsdiskurses" die „ohnehin zu beobachtende Pluralisierung auf dem Markt der Kommentare sich fortsetzen" werde.

[75] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 95.

EuErbVO dieses Phänomen illustrieren: Zu dieser Verordnung liegen gerade in Deutschland bereits unzählige Veröffentlichungen vor, und manche Streitstände wurden gerade von deutschen Autoren befeuert.[76] Auch „internationale“ Kommentare greifen gerade diese Publikationen auf. Damit ist die Sprache eines Kommentars zwar von Bedeutung, weil mit Sprache Ideen transportiert werden und sich manche Konzepte – gerade im Erbrecht – nur schwierig in anderen Sprachen wiedergeben lassen. Für die Teilnahme an einem gesamteuropäischen Diskurs ist die Sprache jedoch nicht das entscheidende Kriterium; maßgeblich ist vielmehr die Intention des Autors.[77] Grundsätzlich eignet sich die Kommentarform zur Dokumentation und, aufgrund der leichten Zugänglichkeit, zur Förderung eines gemeineuropäischen Diskurses. Auf diese Weise tragen die Kommentare zu einer Dogmatisierung des unmittelbar anwendbaren Verordnungstextes bei.

c) *Kommentierung vor Anwendbarkeit*

In neuerer Zeit zeigt sich mit Blick auf diese Kommentarfunktionen eine bemerkenswerte Tendenz, eine Verordnung bereits vor ihrem Anwendungsbeginn, der etwa bei der EuErbVO drei Jahre nach deren Inkrafttreten am 17.8.2012 lag, zu kommentieren.[78] Die Anwendung des Referenztextes kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht dokumentiert werden; es lässt sich insbesondere noch keine dazu ergangene Rechtsprechung „anlegen“.[79] Vielmehr wird mit Hilfe einer Systematisierung des bereits erschienenen Schrifttums und einem Aufdecken der Entstehungsgeschichte dem künftigen Rechtsanwender eine Anwendungshilfe an die Hand gegeben. Auf dieser Grundlage werden nicht nur Vorschriften erläutert, interpretiert und kritisiert, sondern deren mögliche Anwendung prognostiziert. Kommentare sind sichtbarer als verstreute Aufsätze. Sie können deshalb mittels ihrer Autorität und Rezeptionswahrscheinlichkeit zu erwartende Streitstände vorprägen.

---

[76] Vgl. nur den Überblick in *A. Dutta,* Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen, IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2015, 32–39.

[77] Für diese Intention kann die Sprachwahl dann aber mit *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 95 als „Indiz“ gewertet werden; siehe z.B. *A.-L. Calvo Caravaca/ A. Davì/H.-P. Mansel,* Foreword and Acknowledgements, in: dies., EU Succession Regulation (Fn. 69), xiii.

[78] Zum Anwendungsbeginn lagen umfangreiche Kommentierungen von *Bonomi/ Wautelet,* Droit européen des successions (Fn. 67) sowie im Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 60) (6. Aufl., 2015), im jurisPK-BGB (Fn. 59) (7. Aufl., 2014) und im Beck-OGK (Fn. 59) (Stand: 1.6.2014) vor. Eine Kommentierung des Verordnungsvorschlags (vgl. oben II.1.b)) findet sich in *Rauscher,* Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (Fn. 35), Bd. 4, 3. Aufl., 2010.

[79] Zum Begriff *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentar (Fn. 2), 299.

Zur EuErbVO liegt nunmehr erste Rechtsprechung vor, an der sich diese Steuerungsfunktion ablesen lässt. Die Vorbereitung durch Kommentare wurde, soweit sich das in Schrifttumszitaten erkennen lässt, dankbar aufgenommen, und zwar sowohl in Vorlagebeschlüssen an den EuGH als auch in den Schlussanträgen der dortigen Generalanwälte. Freilich zeigt sich gerade hier die Bedeutung der Sprache. Dies lässt sich am Beispiel der Rechtssache *Mahnkopf,* in der es um die Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB und damit um eine deutsche Vorschrift ging,[80] illustrieren: Während das vorlegende Kammergericht ausschließlich deutschsprachige Kommentare zur EuErbVO zitiert hat,[81] beruft sich der polnische Generalanwalt in seinen Schlussanträgen auf einen französischsprachigen und einen englischsprachigen Kommentar zu der Verordnung.[82]

3. *Richtlinien*

Kommentare zu Richtlinien sind, wie gesehen, selten. Kritische Erläuterungen von Richtlinien finden sich vielmehr in Sammelwerken oder Monographien.[83] Wenn Kommentare erscheinen, dann geschieht dies – so zumindest das traditionelle Bild – in der Regel bald nach Inkrafttreten der Richtlinie zur Begleitung der Umsetzungsgesetzgebung und ohne die für Kommentare typischen turnusmäßigen Neuauflagen.[84] Inwieweit die neu erschienenen oder angekündigten Kommentare der Reihe „International and European Business Law“[85] hier eine Veränderung bringen, bleibt abzuwarten.

Da der Unionsrechtsakt im Regelfall nicht unmittelbar anwendbar ist, wird vielmehr das nationale Umsetzungsgesetz zum Referenztext.[86] Die Kommentierung wird typischerweise in die nationalen Kommentarwerke integriert. Während sich für Verordnungen eine europäische Kommentartradition bilden kann, wird (umgesetztes) Richtlinienrecht in die nationale Kommentierungspraxis eingegliedert. Freilich ergeben sich aus dem unionsrechtlichen Hintergrund einer Norm methodische Besonderheiten wie das Gebot der richtli-

---

[80] EuGH, 1.3.2018, Rs. C-558/16 (*Mahnkopf*).

[81] KG, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2017, 209–211.

[82] GA *Szpunar,* Schlussanträge v. 13.12.2017, Rs. C-558/16 (*Mahnkopf*). Zitiert werden *Bonomi/Wautelet,* Droit européen des successions (Fn. 67) in Fn. 6 und 31 und *Pamboukis,* EU Succession Regulation (Fn. 69) in Fn. 33.

[83] Exemplarisch verwiesen sei auf das bereits oben erwähnte Werk von *Gebauer/Wiedmann,* Zivilrecht unter europäischem Einfluss (Fn. 52) sowie auf die Lehrbücher von *B. Heiderhoff,* Europäisches Privatrecht, 4. Aufl., 2016; *K. Riesenhuber,* EU-Vertragsrecht, 2013.

[84] Siehe z.B. *Grundmann/Bianca,* EU-Kaufrechts-Richtlinie (Fn. 7), auf Deutsch, Englisch und Französisch erschienen; *J. Schmidt-Salzer,* Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, 1986.

[85] Beispiele oben in Fn. 55 f.

[86] Siehe bereits oben Text bei Fn. 24.

nienkonformen Auslegung oder die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH bei Auslegungszweifeln. Bei einer Kommentierung allein der nationalen Norm bestünde die Gefahr, dass der unionsrechtliche Kontext aus den Augen verloren geht und eine europäische Norm in viele nationale Anwendungen auseinanderläuft. Daraus ergeben sich zusätzliche Herausforderungen an bestehende Kommentare, wie sich etwa am Beispiel der Integration verbraucherschützender Richtlinien in das BGB und der Umgang damit in bestehenden BGB-Kommentaren zeigen lässt.[87] In der Regel wird der europäische Hintergrund in einer frühen Randnummer erwähnt, teils auch eingehender erläutert. Jedenfalls umfangreichere Kommentare betreiben zudem, wo erforderlich, richtlinienkonforme Auslegung bis hin zu Zweifeln an der Richtlinienkonformität der nationalen Regel oder der Praxis ihrer Anwendung.[88] Insofern wirkt die Richtlinie nicht nur auf das nationale Recht, sondern auch auf die Praxis der Kommentierung des nationalen Rechts ein.[89]

Primäres Referenzobjekt der Kommentierung einer Richtlinienumsetzung in das BGB bleibt jedoch gerade dieses nationale Recht. Ausländische, insbesondere nicht deutschsprachige Literatur wird in der Regel kaum ausgewertet, noch weniger werden die Erkenntnisse ausländischer Rechtsprechung zum Umgang mit einer Richtlinienvorgabe herangezogen. Der Anspruch an eine „rechtsvergleichende Heranziehung europäischen Privatrechts“[90] bezieht sich offenbar allein auf die unionsrechtliche Ebene. Die Chance für eine einheitliche Anwendung auf der Grundlage eines Vergleichs mitgliedstaatlicher Ansätze, die dem Rechtsanwender hilft, Sprachbarrieren und faktische Zugangsprobleme zu ausländischer Rechtsprechung zu überwinden, bleibt weitgehend ungenutzt. Damit wirken jedenfalls Kommentare der Gefahr eines Auseinanderlaufens nationaler Sichtweisen auf einen harmonisierenden Rechtsakt nur bedingt entgegen.[91] Vergleichende Analysen der Umsetzungsgesetzgebung und -praxis bedienen sich – wohl auch aufgrund der begrenzten Kapazität des anderen Zielen verpflichteten Kommentators – anderer Formate.[92] Reinen

---

[87] Hilfreich hierzu als einer der Herausgeber des Münchener Kommentars zum BGB *F.J. Säcker,* Münchener Kommentar zum BGB, in: D. Willoweit (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 405–417, 414 ff.; *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 216. Im Übrigen versteht sich, dass alle generalisierenden Aussagen über Kommentare immer die Möglichkeit von Ausnahmen und Abweichungen einschließen.

[88] Zum Beispiel *F. Faust,* in: BeckOK-BGB, 53. Edition, 1.2.2020, § 437 Rn. 18 ff., § 439 Rn. 27, § 441 Rn. 30 ff., § 476 Rn. 4.

[89] Siehe auch *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 223 ff. zum Wandel der Kommentarfunktionen im europäischen Wirtschaftsrecht.

[90] *Säcker,* Münchener Kommentar (Fn. 87), 410.

[91] Ein weiterer Aspekt ist der Hinweis auf divergierende Sprachfassungen des Ausgangsrechtsakts, siehe *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 224.

[92] Siehe etwa *H. Schulte-Nölke/C. Twigg-Flesner/M. Ebers* (Hg.), EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States, 2008; als

Materialsammlungen fehlt zudem die filternde, einordnende und gewichtende Arbeit eines Kommentars. Der von *Hondius* erhobene Ruf nach einem „europäischen Palandt“, der dies leisten könne, indem darin die bislang isolierten Auslegungspraktiken der einzelnen Mitgliedstaaten vergleichend zusammengeführt werden,[93] wurde bislang kaum erhört. Ob die gegenwärtige Herausbildung von *International Commercial Courts* das Bedürfnis nach grenzüberschreitenden Kommentaren verstärkt und die dem „europäischen Palandt“ zugrundeliegende Idee dadurch neuen Auftrieb erfährt, muss sich erweisen.

III. Kommentare im und zum *acquis commun*

1. *Weitgehende Abwesenheit der Kommentarform*

a) *Nichtlegislative Regelwerke als Referenztext*

Während im *acquis communautaire* potentielle Referenztexte mit Gesetzeskraft leicht zu finden sind, fehlen diese, wenn nun der *acquis commun* in den Blick genommen wird. Allerdings ist Gesetzeskraft des Referenztexts keine Voraussetzung für einen Kommentarbegriff, der den „Bezug auf einen autoritativen Referenztext“ fordert, an den sich die Kommentierung anlehnt und den sie „fortlaufend erläutert“.[94] Autorität kann auch nichtlegislativen Texten zuteilwerden;[95] auch solche Texte können über das „klassische Paradigma des Gesetzeskommentars“ hinaus zum Bezugspunkt einer Kommentierung erhoben werden.[96] Als Referenztext im *acquis commun* kommen somit zwar nicht allgemein

---

Beispiel aus der Aufsatzliteratur *H.-P. Mansel,* Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungsrechts: Kaufrecht in Europa nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, AcP 204 (2004), 396–456.

[93] *E. Hondius,* Towards a European Palandt, European Review of Private Law 2011, 483–488, 484 f.; dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 96, 329. Ob es Hondius überhaupt gezielt darum ging, sein Anliegen gerade in Form eines Kommentars zu verwirklichen, ist durchaus fraglich. In einer parallelen Veröffentlichung in den Niederlanden (Ars Aequi 2011, 738–746) ruft er „Naar een Europese Asser-serie“ und damit nach einem Handbuch. Zur Asser-Reihe siehe *J. Jansen,* Der Blaue Engel und die Grüne Reihe: Die Rolle des Kommentars in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur, in diesem Band, 87–106, 97, 98 f.

[94] Zu diesem Begriffsverständnis *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 289, 336; siehe bereits oben bei Fn. 2.

[95] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 76 f.; siehe aber auch *C. v. Bar,* Rezension: Jansen/Zimmermann, CECL (Fn. 1), AcP 219 (2019), 593–596, 593, der von „überwiegend freilich rein literarischen“ Quellen spricht.

[96] *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 70), 382 f.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 289; *N. Jansen,* Rezension: Vogenauer/Kleinheisterkamp (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009, JZ 2009, 1008–1009, 1008.

rechtsvergleichende Erkenntnisse, wohl aber die regelförmig artikulierten nichtlegislativen Regelwerke des europäischen Privatrechts in Frage, wobei die Doppelstellung des aus diesen Regelwerken hervorgegangenen, mittlerweile aufgegebenen Entwurfs für ein CESL oben bereits thematisiert wurde.[97]

b) Bedürfnis nach einer Kommentierung nichtlegislativer Regelwerke

Lässt man das CESL aufgrund dieser Doppelstellung zunächst außer Betracht, so zeigt sich, dass die nichtlegislativen Regelwerke des europäischen Privatrechts bislang in geringem Umfang Referenztext von Kommentaren geworden sind. Kommentiert werden die Regeln der PECL und des DCFR nicht als solche, sondern allenfalls *neben* anderen, auf die gleiche Stufe gestellten Texten.[98] In auffälligem Gegensatz zu diesen europäischen Texten stehen die transnationalen UNIDROIT PICC, für die immerhin drei Kommentare – zwei davon bereits in zweiter Auflage – vorliegen.[99]

Warum die UNIDROIT PICC anders als die PECL eher als „kommentierungswürdig“[100] angesehen werden, lässt sich nicht mit einer unterschiedlichen Autorität der Texte erklären. Sie sind alle nicht mit staatlichem Anwendungsbefehl ausgestattet, sondern genießen „quasirechtliche Autorität“.[101] Mit dieser sind sie gleichermaßen Teil des wissenschaftlichen Diskurses und Inspirationsquelle für staatliche Gesetzgeber bei Zivilrechtsreformen der jüngeren Zeit.[102] Für die Entstehung eines Kommentars genügte all dies jedoch offenbar nicht. Entscheidend dürfte wiederum vielmehr das Kriterium des Anwendungsbezugs gewesen sein. Alle Texte können vor staatlichen Gerichten der EU nicht nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO als anwendbares Recht gewählt werden.[103] Sie stehen aber als anwendbares Recht in Schiedsverfahren zur Wahl

---

[97] Siehe oben II.1.b).

[98] Zur Berücksichtigung in den „Commentaries on European Contract Laws“ siehe unten III.3.; zu Werken, die die PECL zu einem nationalen Recht in Beziehung setzen, siehe unten III.4.c).

[99] Siehe oben Fn. 17; zum Ziel einer Berücksichtigung der europäischen Regelwerke im Münchener Kommentar zum BGB *Säcker,* Münchener Kommentar (Fn. 87), 416: „Interpretationen, die eine nationale Rechtsordnung weiter von den sich entwickelnden Prinzipien einer europäischen Privatrechtsordnung wegführen, werden im Kommentar vermieden.“ Referenzobjekt des Kommentars bleibt freilich das BGB; die Regelwerke werden in der Regel allenfalls eingangs einer Kommentierung erwähnt.

[100] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 336.

[101] *Jansen,* Europäisches Privatrecht (Fn. 3), 550 f. („Autoritätspluralismus“); *ders.,* Making Legal Authority (Fn. 33), 59 ff.

[102] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 63; *R. Michaels,* in: Vogenauer, PICC (Fn. 17), Preamble I Rn. 143 ff.; *S. Vogenauer,* Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010, ZEuP 21 (2013), 7–42, 14; siehe für Frankreich oben Fn. 7.

[103] Rauscher/*v. Hein* (Fn. 35), Art. 3 Rom I-VO Rn. 49 ff. m.w.N.; ausführlich zu Anwendbarkeit und Geltung nichtlegislativer Regelwerke etwa *C.-W. Canaris,* Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System

(vgl. etwa § 1051 Abs. 1 ZPO auf der Grundlage von Art. 28 Abs. 1 des UNCITRAL-Modellgesetzes).[104] Indes heischen die UNIDROIT PICC, etwa durch die Formulierung von Musterklauseln für eine Rechtswahl, weitaus stärker und offensiver nach Anwendung in Schiedsverfahren.[105] Daraus erklärt sich möglicherweise die Motivation, speziell für dieses nichtlegislative Regelwerk einen Kommentar aufzulegen.[106] Gerade hier lässt sich die für einen Kommentar typische Verbindung von Theorie und Praxis[107] realisieren.

Anwendungswille und Kommentierung stehen letztlich in Wechselwirkung im Sinne eines gegenseitigen Gebens und Nehmens. Nicht nur steigern das offensive Sichanbieten eines Textes als wählbares Recht und die damit einhergehende gestiegene Bekanntheit und Verbreitung in der Praxis die Nachfrage

der Rechtsquellen, in: J. Basedow (Hg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, 5–31; *R. Michaels,* Privatautonomie und Privatkodifikation, RabelsZ 62 (1998), 580–626.

[104] *J. Münch,* in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., 2017, § 1051 Rn. 59; *P. Schlosser,* in: Stein/Jonas, ZPO, hg. v. R. Bork und H. Roth, 23. Aufl., 2014, § 1051 Rn. 13; *M. Scherer,* in: Vogenauer, PICC (Fn. 17), Preamble II Rn. 4.

[105] *M.J. Bonell,* UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, Uniform Law Review 2004, 5–40, 6: „What ultimately really matters is that the instrument in question does not remain dead letter but is actually applied in practice."; *ders.,* The law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles, Uniform LR 2018, 15–41; *ders.,* Restatement (Fn. 18), 174 ff.; *Hartkamp,* Principles (Fn. 18), 258 f.; *J. Kleinheisterkamp,* UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: HWB-EuP (Fn. 3), 1547–1551, 1548; *O. Lando,* My life as a lawyer, ZEuP 10 (2002), 508–522, 521; Vogenauer/*Michaels* (Fn. 102), Preamble I Rn. 7, 52 ff. (zu den Musterklauseln); Vogenauer/*Scherer* (Fn. 104), Preamble II Rn. 9; *P. Sirena,* Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht, ZEuP 26 (2018), 838–861, 853; *S. Vogenauer,* in: ders., PICC (Fn. 17), Introduction Rn. 48; *ders.,* UNIDROIT Grundregeln (Fn. 102), 13 ff. Damit korrespondierend spielen die UNIDROIT PICC etwa in Veröffentlichungen zur Schiedsgerichtsbarkeit der ICC eine deutlich größere Rolle als andere nicht-legislative Regelwerke, siehe etwa *Y. Derains/E.A. Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2005, 235 ff.; *J. Fry/S. Greenberg/F. Mazza,* The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, 2012, Rn. 3-761; sowie die Beiträge in ICC International Court of Arbitration Bulletin 2002, Special Supplement: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration. Siehe demgegenüber die Zwecke der PECL zusammenfassend *Zimmermann,* Comparative Law (Fn. 10), 581.

[106] Selbe Beobachtung bei *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 75. Diese Differenzierung fehlt bei *Calliess,* Kommentar (Fn. 70), 391 und *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 96 f., die die Kommentare zu den UNIDROIT PICC letztlich *pars pro toto* für alle nichtlegislativen Regelwerke darstellen.

[107] Dazu *Henne,* Entstehung des Gesetzeskommentars (Fn. 2), 321; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 302.

nach einem Kommentar.[108] Vielmehr kann zugleich das Angebot eines Kommentars die Nachfrage nach einer Anwendung des Regelwerks erhöhen.[109]

c) *Quellen einer Kommentierung nichtlegislativer Regelwerke*

Unabhängig von der Kommentierungsbedürftigkeit stellt sich hinsichtlich nichtlegislativer Regelwerke die Frage danach, auf welche Quellen sich eine Kommentierung stützen kann. Zu den Hauptaufgaben des klassischen Gesetzeskommentars dürfte es gehören, zu Auslegung und Fortbildung ergangene Rechtsprechung zu dokumentieren, zu selektieren und zu strukturieren und damit letztlich zu einer Dogmatisierung der Normen beizutragen.[110] Mangels breiter und vor allem verbindlicher Anwendung liegt derartige Rechtsprechung zu nichtlegislativen Regelwerken kaum vor.[111] Herangezogene Rechtsprechung kann allenfalls nationale (oder europäische) Rechtsprechung zu legislativen Parallelregeln sein. Deshalb verschieben sich die zu dokumentierenden Quellen.

Anreichern lässt sich der Referenztext erstens um Schrifttum zur unmittelbaren Erläuterung und gegebenenfalls Kritik der Regeln, zu ihrer rechtsvergleichenden Einordnung (die insbesondere für eine Rechtswahlentscheidung der Parteien relevant werden kann) sowie zum historisch-vergleichenden Hinter-

---

[108] *A. Baumann,* Rezension: Brödermann, Unidroit Principles (Fn. 17), Zeitschrift für Schiedsverfahren 2019, 147–148, 147; siehe auch *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 75 f. (eine Kommentierung verschaffe den UNIDROIT PICC Autorität).

[109] *O. Lando,* Rezension: Vogenauer/Kleinheisterkamp (Hg.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009, Common Market LR 47 (2010), 952–953, 953 (der Kommentar „will promote the use of the PICC"); ebenso *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 75 f.; *ders.,* Rezension Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 96), 1009; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 97 f.

[110] Skeptisch zur Selektionsfunktion im Zeitalter juristischer Datenbanken *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 222.

[111] Die UNIDROIT PICC wurden bereits in Schiedsverfahren herangezogen oder sogar angewendet, dazu Vogenauer/*ders.* (Fn. 105), Introduction Rn. 48 sowie die Nachweise in der von UNIDROIT unterhaltenen Unilex-Datenbank, die diese Schiedssprüche sammelt (<www.unilex.info/instrument/principles>); deutlich seltener werden die PECL oder der DCFR als Auslegungshilfe in staatlichen Gerichtsverfahren zitiert, zu Beispielen *D. Busch,* The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands – On the Influence of the PECL in Dutch Legal Practice, ZEuP 16 (2008), 549–562; *C. Vendrell Cervantes,* The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts, ZEuP 16 (2008), 534–548; weitere Nachweise in *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 75; *Sirena,* Wissenschaftliche Entwürfe (Fn. 105), 852 f. – In diesen letztgenannten Beispielen der Argumentation mit Hilfe von „soft law" passt das für Kommentare typische Über- und Unterordnungsverhältnis von Norm und Rechtsprechung (dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare [Fn. 2], 310) eigentlich nicht. Zu Recht bemerkt *Kästle-Lamparter, loc. cit.,* 97, dass die Frage nach dem Rechtsquellencharakter der UNIDROIT PICC in einem dazu erschienenen Kommentar „gewissermaßen durch eine Geltungsfiktion erledigt" werde; ähnlich *Jansen,* Rezension Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 96), 1008.

grund. So wird die Kommentierung der UNIDROIT PICC beschrieben als eine Ergänzung des Regelwerks um „a body of exegetic and comparative doctrinal learning" und auch um Empfehlungen zu dessen Verwendung in der Praxis.[112]

Zweitens kann ein Kommentar ein Medium sein, um die bislang kaum erschlossenen Materialien zur Entstehungsgeschichte der Regelwerke auszuwerten. So waren etwa die vorbereitenden Berichte, Entwürfe und Beratungsprotokolle zu den UNIDROIT PICC zwar von Beginn an öffentlich, jedoch weitgehend ungeordnet und jedenfalls für die frühen Etappen der Arbeiten zunächst nur mit größeren Mühen erhältlich. Inzwischen sind diese Dokumente in chronologischer Ordnung online abrufbar.[113] Gleichwohl konnte die Kommentierung hier einen echten Schatz heben, indem sie die einzelnen Regeln systematisch um diese Materialien ergänzt und damit in Zweifelsfragen eine genetische Auslegung ermöglicht. Zu den PECL steht eine vergleichbare Arbeit noch aus, zumal die Lando-Kommission anders als UNIDROIT ihre Entwürfe und Protokolle nicht öffentlich gemacht hat. Wer die Genese einzelner Bestimmungen nachvollziehen möchte, kann sich allenfalls auf verstreute Berichte einzelner Projektbeteiligter stützen.[114] Mag dieser Unterschied zwischen UNIDROIT PICC und PECL zwar der Wertschätzung und Autorität der PECL unter europäischen Juristen nicht in spürbarem Maße abträglich sein,[115] bleibt eine Aufklärung der Entstehungsgeschichte der PECL-Regeln ein Desiderat von Rechtsvergleichung und Wissenschaftsgeschichte. Auch zum DCFR und zu anderen Regelwerken wird kritisiert, dass die Vorarbeiten weitgehend nicht öffentlich verfügbar sind.[116]

---

[112] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 75; siehe auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 97 (Ziel des Kommentars sei die dogmatische Erschließung der einzelnen Regeln, deren „rechtsvergleichende Kontextualisierung […] eher eine ergänzende Zutat" bilde).

[113] <https://www.unidroit.org/unidroit-principles-2016/preparatory-work>.

[114] Siehe etwa *O. Lando,* Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation, RabelsZ 56 (1992), 261–273, 267 ff.; *ders.,* My life (Fn. 105), 519 ff.; *O. Remien,* Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 87 (1988), 105–122, 117 ff.; *R. Zimmermann,* Die „Principles of European Contract Law", Teil III, ZEuP 11 (2003), 707–713, 708 ff.; *ders.,* Die „Principles of European Contract Law", Teile I und II, ZEuP 8 (2000), 391–393, 391 f.

[115] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 103 (siehe aber auch 135).

[116] Vgl. *W. Doralt,* Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, RabelsZ 75 (2011), 260–285, 270 f., 280, 284; CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 25. Es wird deshalb auch kritisiert, dass während der Arbeiten am DCFR eine echte öffentliche Diskussion über die Entwürfe nicht stattfinden konnte, *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 103; siehe zur Arbeitsweise *C. v. Bar/H. Schulte-Nölke,* Gemeinsamer Referenzrahmen für ein europäisches Schuld- und Sachenrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, 165–168.

2. *„Official comments" als Kommentar?*

Am ehesten sprechen die Verfasser der nichtlegislativen Werke noch durch die sogenannten „official comments" zum Publikum. Dies sind erläuternde Texte, die jede Regel begleiten. Wie in einem Kommentar sind sie gedanklich und optisch von der jeweiligen „black-letter rule", auf die sie sich beziehen, abgesetzt.[117] Erkennbar wird darin das Vorbild der US-amerikanischen Restatements.[118] Zugleich scheinen die „official comments" die Tradition der Referentenkommentare, d.h. der von Gesetzesverfassern selbst veröffentlichten Kommentare,[119] fortzusetzen. Wie die Verfasser dieser Referentenkommentare wissen die Autoren der „official comments" selbst am besten – und zugleich „authentisch" –, welche Intention und Bedeutung hinter einer Regel stehen. Die „official comments" bedienen sich somit der äußeren Form des Kommentars.

Die Funktionen eines juristischen Kommentars erfüllen sie indes allenfalls teilweise,[120] sodass sie keinen Ersatz für eine „echte" Kommentierung darstellen können. Als (knappe)[121] Interpretationshilfe dienen die „official comments" maßgeblich der Erläuterung einer Regel; sie folgen hier oft dem vertrauten Ordnungsmuster von Tatbestand(smerkmalen) und Rechtsfolge. Terminologische Bemerkungen und Beispiele können einer Systematisierung des Diskurses dienen. Eingestreute Illustrationen bewirken, stärker als in „externen" Kommentaren, eine Konkretisierung, weil sie als Sachverhaltsangabe formuliert und räumlich vom übrigen Text abgesetzt sind. Damit bewegen sie sich indes auf einer sehr niedrigen Konkretisierungsebene, die nicht einmal das für Kommentare übliche Maß der Fallgruppenbildung erreicht.[122]

In welchem Maße die „official comments" zur Autoritätsbildung beitragen – so, wie dies bei „externen" Kommentaren zu beobachten ist[123] –, erscheint durchaus fraglich. Ein Schlüssel für die Verbreitung und Autorität der Re-

---

[117] Zu dieser Technik *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 106, 121 ff.

[118] *Lando/Beale,* PECL (Fn. 11), xxvi; *R. Zimmermann,* Konturen eines europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477–491, 478.

[119] Dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 306 ; siehe auch *Remien,* Europäisches Vertragsrecht (Fn. 114), 120.

[120] Allgemein zu den Kommentarfunktionen, auf die im Folgenden Bezug genommen wird, *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 311 ff.; siehe auch *Henne,* Entstehung des Gesetzeskommentars (Fn. 2), 318 ff.; *Noack/Zetzsche,* Kommentieren (Fn. 24), 215.

[121] Siehe aber *M. Hesselink,* The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission, in: ders./G. de Vries (Hg.), Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk Recht, 2001, 5–95, hier zitiert nach <http://ssrn.com/abstract=1098869>, 9 („extensive and highly informative") und 12 („much of the substantive value of the PECL lies in the Comments").

[122] Eine Bildung von Fallgruppen wird eher dem Text der „official comments" überlassen; hierzu noch *Jansen,* Rezension Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 96), 1009.

[123] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 75 f.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 327 f.; siehe bereits oben bei Fn. 108 f.

gelwerke dürfte darin liegen, dass durch ihre regelförmige Präsentation leicht auf sie Bezug genommen werden kann.[124] Auf die „official comments“ trifft das in geringerem Maße zu. Wenig überraschend spielen sie selbst im rechtsvergleichenden Diskurs eine geringere Rolle.[125] Auch die Übersetzung der PECL durch die Lando-Kommission erstreckte sich allein auf die Regeln, nicht auf die „official comments“.[126] Autoritätsbildende Wirkung können „official comments“ vielmehr dadurch entfalten, dass darin eine Dokumentation (und mithin eine Filterung) von Entstehungsgeschichte oder Lehre mangels jeglicher Nachweise völlig ausbleibt.[127] Die Kehrseite dieses Effekts ist es dann aber, dass eine Dogmatisierung und Kritik durch abwägende Diskussion von Für und Wider einer Regel gerade nicht erfolgen.[128] Ebenso wenig werden die Regeln zum existierenden rechtsvergleichenden Schrifttum in Beziehung gesetzt. Damit fehlen aber zugleich prägende Charakteristika eines

---

[124] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 106 ff.; dies haben deren Verfasser auch ausdrücklich beabsichtigt, *Lando/Beale,* PECL (Fn. 11), xxvi.

[125] Selbe Beobachtung für die Anwendung der UNIDROIT PICC bei *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 106.

[126] Spätere Übersetzungen ins Deutsche (*C. v. Bar/R. Zimmermann,* Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile 1 und 2, 2002, und Teil III, 2005) sowie ins Französische (*G. Rouhette/I. de Lamberterie/D. Tallon/C. Witz,* Principes du droit européen du contrat, 2003; *I. de Lamberterie/G. Rouhette/D. Tallon,* Les principes du droit européen du contrat, 1997) schlossen jedoch die „official comments“ ein. – Weitere Unterschiede zwischen Regeln und „official comments“ bestehen darin, dass (i) die endgültige Fertigstellung der „official comments“ einer „Editing Group“ überlassen wurde und (ii) nur die „black-letter rules“ nicht aber die „official comments“ ohne vorherige Genehmigung reproduziert werden dürfen, siehe *Lando/Beale,* PECL (Fn. 11), iv, xv.

[127] Siehe näher *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 106 ff.; *ders.,* Rezension Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 96), 1008. Anders als die UNIDROIT PICC (dazu *Bonell,* Restatement [Fn. 18], 68) geben PECL und DCFR zwar in einem räumlich von den „offical comments“ abgesetzten Textteil ausgewählte Bezüge zu nationalen Rechtsordnungen an (sog. „Notes“). In diesem begrenzten Umfang zeigen die „notes“ durchaus ein – Kommentaren ähnliches und zur Handhabung der Regelwerke sehr willkommenes – Streben nach Dokumentation und Selektion von Wissen. Ein eigenes Einordnen und Abwägen, im Sinne von Für und Wider einer Lösung, findet jedoch – anders als dies von einem Kommentar zu verlangen wäre – nicht statt. Zwar werden nationale Lösungen grob nach Lösungsansätzen gruppiert und zusammengefasst, dann aber ohne vergleichende Bewertung als reine Materialsammlung fortlaufend präsentiert. Siehe aber *Remien,* Europäisches Vertragsrecht (Fn. 114), 120 f.

[128] *Canaris,* Stellung (Fn. 103), 15 f.; CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 25; *A. Metzger,* Extra legem, intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht, 2009, 249; Vogenauer/*ders.* (Fn. 105), Introduction Rn. 23 („a missed opportunity“); *Zimmermann,* Comparative Law (Fn. 10), 590. Ausnahmen bilden die Acquis Principles (*Research Group on the Existing EC Private Law* [Hg.], Principles of the Existing EC Contract Law [Acquis Principles]. Contract II, 2009) und die Principes contractuels communs (oben Fn. 11).

Kommentars. Die „official comments“ sollten daher nicht der Literaturform des Kommentars zugeordnet werden.

3. *Die „Commentaries on European Contract Laws“*

a) *Pluralität der Referenztexte als Strukturmerkmal*

Diese Überlegungen zu Dogmatisierung sowie rechtsvergleichender Einordnung und Kritik der in den Regelwerken des europäischen Privatrechts zu findenden Bestimmungen führen zu einem Kommentarprojekt, das diese Lücke schließen könnte. Die im Jahre 2018 erschienenen „Commentaries on European Contract Laws“[129] erschließen eine Pluralität von Referenztexten mit einem integrierenden Ansatz, der einen über die gesamte Seitenbreite gedruckten (Haupt-)Text mit darunter in Kolumnen gesetzten weiteren, älteren oder jüngeren thematisch verbundenen Referenztexten sowie einer vom jeweiligen Bearbeiter der Kommentierung begründeten, fettgedruckten Synthese aus diesen Texten (im Sinne einer „most appropriate“-Regel im Lichte der historisch-kritisch-vergleichenden Analyse der Texte[130]) kombiniert.

Dieses Vorgehen entstammt der Erkenntnis, dass das europäische Vertragsrecht heute aus einer Fülle von aufeinander bezogenen und hermeneutisch miteinander verwandten „Textstufen“ unterschiedlicher Provenienz, Verbindlichkeit und Autorität aufgebaut ist, ohne dass die Abweichungen zwischen den Textstufen und die Gründe dafür einer umfassenden und kritischen Untersuchung unterzogen worden seien.[131] Als Hauptreferenztext haben die Herausgeber grundsätzlich die PECL gewählt; jedoch werden dort, wo die PECL keine korrespondierende Regelung enthalten – wie etwa bei den Themen Kaufvertrag, verbundene Dienstleistungen, Widerrufsrecht oder Informationspflichten –, andere Texte zum hauptsächlichen Referenztext: Für die Informationspflichten sind dies etwa Bestimmungen aus den *Acquis Principles*[132] und der Verbraucherrechterichtlinie, für den Kaufvertrag Regeln aus dem DCFR,[133] dem CESL, dem UN-Kaufrecht und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Die ergänzenden Textstufen können sowohl europäischen wie transnationalen Ursprungs sein und unverbindlichen nichtlegislativen Regelwerken, verbindlichem materiellem Einheitsrecht wie auch EU-Rechtsakten entstammen.

---

[129] *Jansen/Zimmermann,* CECL (Fn. 1). Ich habe als Bearbeiter an diesem Projekt mitgewirkt.

[130] CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 33.

[131] CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 24. Allgemein zum Ansatz der Textstufenforschung im europäischen Vertragsrecht *R. Zimmermann,* Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 319–323.

[132] Oben Fn. 128.

[133] In einem Fall (Art 18:204) sogar der Interim Outline Edition des DCFR.

Dieser Ansatz trägt dem Umstand Rechnung, dass die Textstufen unabhängig von Herkunft und Rechtsnatur wechselbezüglich miteinander verbunden sind: So lassen sich, um nur ein Beispiel zu nennen, sowohl von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als auch von den PECL deutliche Verbindungslinien zum UN-Kaufrecht ziehen.[134] Schon in den Referenztexten, jedenfalls im Text der Kommentierung selbst schaffen die „Commentaries on European Contract Laws" somit eine Verbindung zwischen *acquis commun* und *acquis communautaire.*[135] Ihre Zielsetzung liegt mithin quer zu der in diesem Beitrag gewählten Struktur. Dass das Werk gleichwohl an dieser Stelle diskutiert wird, ist dem Umstand zu verdanken, dass die PECL als Regelwerk des *acquis commun* den primären Referenztext bilden und überdies den „Ordnungsrahmen"[136] vorgeben, indem die Struktur des Werks der Gliederung der PECL folgt und diese lediglich an systematisch passender Stelle ergänzt.[137]

Dass für diese Verschränkung und Verknüpfung von Texten die äußere Form des Kommentars gewählt wurde, erscheint durchaus singulär: Kommentarwerke, die sich auf mehrere Referenztexte beziehen, wählen üblicherweise einen konsekutiven Ansatz, sei es, indem die Texte zur Gänze voneinander getrennt kommentiert werden, sei es, indem systematisch zusammenhängende Regeln zusammengefügt, aber gleichwohl jeweils isoliert für sich erläutert werden.[138] Die Herausgeber begründen ihre Wahl der Kommentarform damit, dass sie auf diese Weise ein Bild zu erzeugen hoffen, das mehr Nuancierung und Tiefenschärfe aufweist, als dies in einem Lehrbuch möglich ist.[139] Dabei mag die Herkunft von Herausgebern und Autoren aus dem deutschen Rechtsdiskurs durchaus eine Rezeption des in diesem Diskurs vorherrschenden Formats erleichtert haben. Tatsächlich besteht aber, über die genannte Pluralität der Referenztexte hinaus, in der historisch-vergleichenden Zielsetzung der „Commentaries on European Contract Laws" ein markanter Unterschied zum klassischen BGB-Kommentar.[140]

---

[134] Vgl. oben Fn. 7.

[135] *M Stürner,* Rezension: Jansen/Zimmermann, CECL (Fn. 1), GPR: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2018, 301–303, 302.

[136] *N. Jansen/R. Zimmermann,* Im Labyrinth der Regelwerke, ZEuP 25 (2017), 761–764, 764.

[137] Zur Begründung dieser Entscheidung CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 33, 35.

[138] Diesen letztgenannten Weg wählen die vier bislang erschienenen Werke, die die PECL in Bezug zu nationalen Rechtsordnungen setzen, dazu unten III.4.c); vgl. auch im Bereich des geltenden Rechts die Verschränkung der Kommentierung von EuErbVO und dem deutschen Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetz in *R. Hüßtege/H.-P. Mansel* (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch. BGB, Bd. 6: Rom-Verordnungen, 3. Aufl., 2019.

[139] CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 32.

[140] Vgl. zu dieser bewussten Abgrenzung CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 31.

b) Zielsetzung und Kommentarfunktionen

Dies bringt die Überlegungen von der äußeren Struktur auf Inhalt und Funktionen des Werks. In der Tat leisten die „Commentaries on European Contract Laws“ nicht nur die beschriebene Verknüpfung und Vergleichung der Referenztexte untereinander, sondern vor allem deren in den „official comments“ weithin vermisste Einordnung in den historisch-vergleichenden Kontext. Damit lässt sich das Werk in idealtypischer Weise beziehen auf das, was zuvor als überhaupt in Betracht kommende Quellen einer Kommentierung im *acquis commun* beschrieben wurde. Die kommentartypische Dogmatisierung findet hier nicht[141] auf der Grundlage von Anwendung, sondern durch kritische Systematisierung vorhandenen Wissens und Verbindung isolierter Diskurse statt.[142] Damit reagiert die Kommentarform auf die besonderen Aufgaben der europäischen Rechtsdogmatik.[143]

Trotz dieser Besonderheiten lassen sich typische Kommentarfunktionen nachweisen.[144] Der Kommentar dient der notwendig und bewusst selektierenden Dokumentation. Schon angesichts der schieren Fülle des zu verarbeitenden Materials erfüllt das Werk zudem in besonderem Maße eine Aufgabe der Filterung und Ordnung.[145] Die Formulierung und Begründung einer Synthese erfüllt gestaltende Funktion, auch wenn die Autoren dezidiert davon Abstand nehmen wollen, den bestehenden Regelwerken ein weiteres hinzuzufügen.[146] Damit kann konstruktive Kritik einhergehen, und zwar nicht nur an den Referenztexten, sondern auch an nationalen oder unionsrechtlichen Lösungen. Schließlich wirkt das Werk mit seinem Ansatz in einer Phase der Konsolidierung im europäischen Vertragsrecht stabilisierend. Die Herausgeber beabsichtigen, mit dem Werk „a comprehensive and balanced account of where we stand today“ sowie „suggestions as to where we might want to go in the

---

[141] Jedenfalls nicht primär und als eigentliches Ziel. Soweit relevante Rechtsprechung des EuGH oder nationaler Gerichte vorliegt, kann auch diese in dem Werk berücksichtigt sein.

[142] Dazu *Jansen,* Commenting (Fn. 1), 3; siehe auch *A. Flessner,* Rezension: Jansen/Zimmermann, CECL (Fn. 1), ZEuP 27 (2019), 432–436; *J. Schmidt,* Rezension: Jansen/Zimmermann, CECL (Fn. 1), Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 118 (2019), 484–486, 484.

[143] Näher CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 6; *Jansen,* Commenting (Fn. 1), 9.

[144] Zu den Aufgaben dieses Kommentars *Jansen,* Commenting (Fn. 1), 4; zur Zielsetzung der Herausgeber CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 32.

[145] Dazu CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 36.

[146] CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 34; insoweit kritisch *v. Bar,* Rezension Jansen/Zimmermann (Fn. 95), 594; siehe auch *Stürner,* Rezension Jansen/Zimmermann (Fn. 135), 302.

future“ zu leisten.[147] Vermutlich ist gerade diese stabilisierende Wirkung mit Hilfe eines dem äußeren Ordnungsrahmen eines Regelwerks folgenden und damit sehr klar strukturierten Kommentars in stärkerem Maße zu erreichen, als dies mit einem Handbuch oder einem Lehrbuch möglich wäre und bislang möglich war.[148] Damit macht sich das Werk eine Technik zunutze, die auch den bisherigen Fixpunkten der Diskussion zum europäischen Vertragsrecht eignete, nämlich die regelförmige Präsentation.[149]

4. Literaturformen im europäischen Privatrecht

Diese letzte Beobachtung führt zu einer abschließenden Frage. Wenn es sich bei den „Commentaries on European Contract Laws“ um eine neuartige Literaturform im europäischen Privatrecht handelt und Kommentare im *acquis commun* weitgehend fehlen, bleibt zu überlegen, welche Literaturformen sich stattdessen herausgebildet haben. Welche Textgattungen – abseits des Zeitschriftenaufsatzes – sind Geburtshelfer und Wegbegleiter des europäischen Privatrechts? Diese Frage lässt sich in einem so dynamischen Feld wie dem europäischen Privatrecht kaum allgemein beantworten. Für das Vertragsrecht lässt sich indes die oben herausgearbeitete selektierende Aufbereitung des Wissensstandes durch die „Commentaries on European Contract Laws“ fruchtbar machen. Deren Auflistung der „Principal Works Cited“ müsste dann bezogen auf das Vertragsrecht einen Hinweis auf andere, offenbar bislang bevorzugte Literaturformen geben. Dabei ergibt sich das im Folgenden skizzierte Bild.

a) Sammelbände

Am häufigsten, nämlich mit 17 Einträgen vertreten sind Sammelbände, die zwar durchaus unterschiedlichen Zuschnitts sind, aber doch als Gemeinsamkeit aufweisen, ein Oberthema – in der Regel mit internationalem Autorenkreis und internationaler Zielgruppe – anhand von Aufsätzen in unterschiedlichen Facetten zu beleuchten.[150] Sie richten sich folglich nicht an einem Refe-

---

[147] CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 1), General Introduction Rn. 38; zustimmend *Flessner,* Rezension Jansen/Zimmermann (Fn. 142), 436; *J. Schmidt,* Rezension Jansen/Zimmermann (Fn. 142), 484 f.

[148] Dazu noch unten III.4.b); siehe auch *F. M. Wilke,* Rezension: Jansen/Zimmermann, CECL (Fn. 1), RabelsZ 84 (2020), 148–152, 150 f.

[149] Vgl. *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 108.

[150] In dieser Sammelkategorie sind Werke ganz unterschiedlichen Zuschnitts zusammenzufassen, z.B. *Hartkamp et al.*, Towards a European Civil Code, (Fn. 18); *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006 (jetzt: 2. Aufl., 2019); *C. Wendehorst/B. Zöchling-Jud* (Hg.), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, 2012. – Jeder wird problemlos weitere Sammelbände ergänzen

renztext, sondern an einer Materie oder Fragestellung aus. Referenzobjekt ist das Rechtsgebiet selbst, zu dem die Aufsätze Diskussionsbeiträge liefern.

Es steht zu vermuten, dass sich diese Literaturform besonders für ein Rechtsgebiet im Fluss eignet. Für die Entstehung eines Kommentars scheint demgegenüber eine gewisse Verfestigung Voraussetzung zu sein. Jedenfalls kann ein Kommentar mittels seiner Stabilisierungsfunktion eine noch unerwünschte Verfestigung zur Folge haben. Zudem kann die Vielzahl der Beitragenden stärker als ein Kommentar der Vielzahl möglicher Perspektiven Rechnung tragen. Denn natürlich erfüllt auch jeder Aufsatz in einem Sammelband eine dokumentierende, filternde und ordnende Funktion. Diese Aufgaben können indes nach den je eigenen Kriterien des individuellen Autors wahrgenommen werden, dessen subjektive Sichtweise dadurch stärker im Vordergrund steht, als dies bei einem abwägenden Kommentar der Fall sein müsste. Für ein sich entwickelndes Rechtsgebiet ist ein unverbundenes Nebeneinander von Meinungen Gefahr und Chance zugleich.

Die Wahl dieser Literaturform dürfte folglich mit der Dynamik und Vielgestaltigkeit des Gegenstands zusammenhängen. Ein gemeineuropäischer Diskurs fällt in einem Sammelband offenbar leichter als in dem starren Format eines Kommentars. Einem Kommentar eignet stets auch etwas Abschließendes und Einschließendes, wie sich nicht zuletzt an den „Commentaries on European Contract Laws“ selbst, ihrem klaren Bezug zur Konsolidierung und ihrem Streben nach einer Synthese zeigt.[151] Gestützt wird diese Beobachtung zudem durch den von *Martin Schmidt-Kessel* herausgegebenen Kommentar zum CESL, dem ein vorbereitender Sammelband vorausging.[152]

b) Handbücher und Lehrbücher

Eine zweite vergleichsweise starke Gruppe bilden Handbücher und Lehrbücher, „treatises“ und „textbooks“. Meist stammen diese von einem einzelnen Autor, bisweilen von einem Autorenkollektiv. Neun der 15 Werke in dieser Gruppe haben einen europäischen Fokus, die übrigen sechs verfolgen einen weltweit rechtsvergleichenden Ansatz.[153] Dieses Genre dient weniger als der Sammelband einem vielstimmigen Diskurs. In seinem monolithischen Auftreten steht es dem Kommentar näher. Wie ein Kommentar macht es Wissen

---

können wie z.B. die Bände der Reihe des Common Core-Projekts, dazu *M. Bussani/ U. Mattei* (Hg.), The Common Core of European Private Law, 2002.

[151] Die Herausgeber des Werks selbst sprechen von einem „Vertragsrechtsscherbenhaufen Europas“, *Jansen/Zimmermann,* Labyrinth der Regelwerke (Fn. 136), 762.

[152] *M. Schmidt-Kessel* (Hg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, 2012.

[153] Zu Beispielen siehe oben Fn. 9.

zugänglich,[154] und wie ein Kommentar kann es zur Systematisierung und Dogmatisierung beitragen.[155]

Bemerkenswert erscheint nun, dass die Herausgeber der „Commentaries on European Contract Laws" dem Ansatz eines Lehrbuchs zum europäischen Vertragsrecht große Sympathie entgegenbringen,[156] zugleich aber als Voraussetzung eines systematischen Lehrbuchs ansehen, dass sich ein Rechtsgebiet „in ein festes System fassen lasse".[157] Da „das europäische Recht derzeit zu dynamisch und entwicklungsoffen" sei, eigne sich „der parataktisch nach einzelnen Normen geordnete Kommentar" besser zur Darstellung des Rechtsgebiets.[158] Daran ist richtig, dass das äußere System des Referenztextes von der Notwendigkeit befreit, ein inneres System zur Präsentation des Stoffes zu entwerfen. Es bleibt freilich die Notwendigkeit, innerhalb der einzelnen Kommentierung strenger systematisch vorzugehen, als dies in einer Monographie möglich wäre.

c) Kommentare

Die drittstärkste Gruppe bilden Kommentare, wobei nach Abzug der rein nationalen Kommentare nicht mehr viele Werke verbleiben. Zwei Kommentare beziehen sich auf das CESL, zwei weitere auf das CISG und einer auf die UNIDROIT PICC. Besondere Beachtung in dieser Gruppe verdienen vier Bände, die in der Struktur eines Kommentars die PECL jeweils mit Bezug zu einer nationalen Rechtsordnung (Niederlande, Italien und Deutschland, im letztgenannten Fall auch mit Bezug zum DCFR) untersuchen.[159] Diese Bände weisen in der Tat Charakteristika eines Kommentars auf, auch wenn eine gewisse Schwierigkeit in dem doppelten (teils dreifachen) Referenztext besteht, indem nämlich sukzessive eine Bestimmung aus den PECL und die korrespondierenden nationalen Bestimmungen erläutert und zur Abrundung kurz verglichen werden.[160]

Diese Bände wollen die PECL und nationales Recht zugänglich machen. In gewisser Weise ist dabei die Erläuterung des nationalen Rechts Mittel zum Zweck: Wer als deutscher Jurist etwas zum BGB erfahren möchte, sucht natürlich in anderen Kommentaren. Auch die Erläuterung der PECL ist eher

---

[154] *Zimmermann,* Comparative Law (Fn. 10), 567 ff.

[155] *Zimmermann,* Comparative Law (Fn. 10), 569 f.

[156] *Jansen,* Commenting (Fn. 1), 4.

[157] *Jansen/Zimmermann,* Labyrinth der Regelwerke (Fn. 136), 764.

[158] *Jansen/Zimmermann,* Labyrinth der Regelwerke (Fn. 136), 764.

[159] *L. Antoniolli/A. Veneziano* (Hg.), The Principles of European Contract Law and Italian Law, 2005; *D. Busch et al.* (Hg.), The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary, 2 Bde., 2002/2006; *S. Leible/M. Lehmann* (Hg.), European Contract Law and German Law, 2014.

[160] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 33), 62, nennt diese Werke als Beispiel dafür, dass die PECL „are a reference text for a new European legal scholarship treating the PECL as a textual authority in themselves".

eine Zwischenetappe. Vielmehr zielt dieses Vorgehen darauf ab, die europäische Entwicklung an nationale Traditionen rückzukoppeln.[161] Damit dienen sie vor allem der Kritik und Fortbildung; sie blicken auf eine Weiterentwicklung des europäischen Vertragsrechts und darauf, wie das nationale Recht von den PECL profitieren kann.

d) Enzyklopädien

Schließlich sind vier Enzyklopädien zu nennen, die in bewusst gewählter Form Wissen sammeln, filtern und aufbereiten.[162] Mit dem Kommentar gemein haben sie die sehr reflektierte Entscheidung für ein bestimmtes Format, in dem Wissen zugänglich gemacht wird. Ihnen fehlt jedoch der Bezug zu einem Referenztext, wie besonders in der alphabetischen Organisation der „Max Planck Encyclopedia of European Private Law“ augenscheinlich wird. Mehr noch als Kommentare dienen sie der Abbildung eines Status quo, können indes von dort aus ebenfalls Entwicklungsrichtungen weisen.

Es bestätigt sich, dass für die Kommentarform nicht nur maßgeblich ist, dass Kommentare bestimmte Funktionen – wie etwa die Dokumentation oder Organisation von Wissen – erfüllen, sondern „konkreter die spezifische Art und Weise, wie sie dies im und durch den Bezug auf einen grundlegenden Text tun“.[163]

IV. Fazit

In der Rückschau auf dieses Panorama schwindet die eingangs beklagte Ernüchterung. An ihre Stelle tritt die Erkenntnis, dass die Literaturform des Kommentars auch im europäischen Privatrecht eingesetzt wird. Das dabei gezeichnete Bild lässt Differenzierungen und Besonderheiten erkennen, die wichtige Erträge zur Kommentarform insgesamt liefern. Eine immer wiederkehrende Beobachtung betrifft den Anwendungsbezug als Leitkriterium. Mit ihm ließ sich nicht nur der markante Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien erklären. Auch die weitgehende Abwesenheit von Kommentaren zu den nichtlegislativen Regelwerken hängt mit deren Anwendung zusammen.

---

[161] Etwas anders *Zimmermann,* Comparative Law (Fn. 10), 581 f.: Mit der Wahl eines supranationalen Bezugsrahmens erleichtern die Werke ausländischen Juristen den Zugang zu einer nationalen Rechtsordnung.

[162] Max Planck Encyclopedia of European Private Law (Fn. 4); *S.N. Katz* (Hg.), The Oxford International Encyclopedia of Legal History, 6 Bde., 2009; *J.M. Smits* (Hg.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2. Aufl., 2012; sowie die vielen Bände von *R. David et al.* (Hg.) International Encyclopedia of Comparative Law.

[163] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 2), 312.

Hervorzuheben ist zudem eine bei verschiedenen Werken beobachtete Steuerungsfunktion, die sich insbesondere in einer Kommentierung von Texten vor deren Anwendbarkeit oder zeitgleich mit einer Notwendigkeit der Umsetzung in das nationale Recht zeigte. Im Bereich der nichtlegislativen Regelwerke richten sich Steuerungs- und Konsolidierungsabsicht naturgemäß weniger an den Rechtsanwender als an den (rechtsvergleichenden) Diskurs, möglicherweise auch an einen Regelsetzer. Gerade dort, wo ein Anwendungsbezug fehlt, weisen Kommentare daher andere oder zusätzliche Ziele auf als herkömmliche Kommentare zu einer nationalen Rechtsordnung.

Eine weitere Besonderheit gegenüber diesen herkömmlichen Kommentaren liegt in den verarbeiteten Quellen begründet. Bezogen auf nichtlegislative Regelwerke sind dies zum einen entstehungsgeschichtliche Zeugnisse, vor allem aber rechtsvergleichende Erkenntnisse aus dem wissenschaftlichen Diskurs. Bezogen auf legislative Regelwerke kommen, zumindest potentiell, Rechtsprechung und Schrifttum aus mehr als einer Rechtsordnung in Betracht – eine Idealvorstellung, die je nach Werk in unterschiedlichem Maße eingelöst wird.

Schließlich soll noch einmal das Beispiel des europäischen Kollisionsrechts aufgegriffen werden. Die Verbreitung und Vielschichtigkeit der Kommentarform in diesem Bereich gibt Anlass zur Hoffnung, dass ein internationaler Diskurs in der Lage ist, nationale Vorlieben für Literaturformen zu überwinden, sodass sich der Diskurs insgesamt die Vorzüge des juristischen Kommentars zunutze machen kann.

Kommentare zum transnationalen Privatrecht

Grenzen der Entnationalisierung eines nationalen Modells

Ralf Michaels

I. Einleitung

Der moderne Gesetzeskommentar ist eine primär deutsche Kulturleistung. Kommentare als wissenschaftliche Bearbeitungen von Gesetzestexten, Regel für Regel, Tatbestandsmerkmal für Tatbestandsmerkmal, finden sich ganz hauptsächlich im deutschsprachigen Raum – Deutschland, Österreich, Schweiz – und zu einem kleineren Teil in Nachbarländern wie den Niederlanden, weit weniger in Rechtsordnungen des *common law.* Dieser Kommentar deutscher Prägung ist ein Stück spezifisch deutsche Rechtskultur und drückt zugleich eine nationale Identität aus, die durch einen spezifisch wissenschaftlichen Ansatz an das Recht geprägt ist und so eine Arbeitsteilung ermöglicht zwischen wissenschaftlicher Aufarbeitung und Anwendung des Rechts.

Kästle-Lamparter hat indes in seinem Buch sorgsam gezeigt, dass diese nationale Tradition aus transnationalen Ursprüngen erwachsen ist.[1] Vor dem Nationalstaat waren die Referenztexte der Kommentarliteratur transnational im zugegeben anachronistischen Sinne – vor allem natürlich das *Corpus iuris,* aber auch etwa das *Decretum Gratiani.* Das *Corpus iuris* war ein nichtbindender Rechtstext, der – als „ratio scripta" – im Mittelalter transnationale Wirksamkeit und Relevanz gerade auch dadurch erlangte, dass er transnational kommentiert und so auf die Gegenwart bezogen werden konnte. Wenn nun das Recht zunehmend wieder transnational wird, bedeutet das vielleicht, dass die spezifisch deutsche Form des Gesetzeskommentars obsolet wird (obwohl die Explosion von BGB-Kommentaren in Deutschland das nicht ganz wahrscheinlich macht). Aber ermöglicht die Transnationalisierung eine Rückkehr zu den Ursprüngen des Kommentars? Dieses Kapitel soll sich unter anderem auch dieser Frage nähern. Nach einer Arbeitsdefinition des Konzepts transnationalen Privatrechts und einer (notwendig unvollständigen) Bestandsaufnahme und Typologie existierender Kommentare zum transnationalen Privatrecht folgt es einer Reihe von Fragen, die *Kästle-Lamparter* und *Jansen* für frühere Projekte entwickelt haben.[2] Im Ergebnis bedeuten Kommentare zum transnationalen Privatrecht keine Rückkehr in die Vergangenheit; wohl aber liefern sie eine Fülle von Einsichten, die hoffentlich nicht ganz wertlos sind.

II. Transnationales Privatrecht

Der Begriff des transnationalen Privatrechts ist schillernd und vage; er wird mit ganz unterschiedlichen Bedeutungen verwendet.[3] Das ist nicht überraschend. Mit transnationalem (Privat-)Recht wird nicht weniger benannt als ein Paradigmenwechsel im (Privat-)Rechtsdenken vom staatlichen Recht zu einem Recht nicht ohne, aber doch jenseits des Staates. Das heutige Recht ist dementsprechend nicht nichtstaatliches, sondern eben transnationales Recht, ein Recht, das Staaten und ihre Grenzen nicht ignoriert oder außen vor lässt, sondern sie vielmehr transzendiert.[4] Innerhalb dieses Paradigmenwechsels lässt sich auch das staatliche Recht selbst verorten, nunmehr seinerseits verstanden als transnationales Recht (oder ein Teil davon).[5]

---

[1] *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2016.

[2] *N. Jansen,* Kommentare in Recht und Religion: Einführung, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 1–14, 3 f. Zum deutschen Recht wird dieser Fragenkatalog abgearbeitet bei *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1).

[3] Siehe nur *P. Zumbansen* (Hg.), Oxford Handbook of Transnational Law, im Erscheinen.

[4] Siehe *R. Michaels,* The Mirage of Non-State Governance, Utah LR 2010, 31–45.

[5] *R. Michaels,* State Law as a Transnational Legal Order, UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law 1 (2016), 141–160.

Ein so weiter, allumfassender Begriff des transnationalen Privatrechts ist für ein Kapitel über Kommentare zum transnationalen Privatrecht nicht sinnvoll. Es könnte zwar reizvoll sein, das Verhältnis der Transnationalisierung des Privatrechts zur Form des Kommentars insgesamt zu untersuchen – wieweit auch nationale Kommentare transnationales Privatecht aufnehmen, wie es *Basedow* schon vor über fünfundzwanzig Jahren für den Palandt hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts gefordert hat,[6] wieweit der nationale Kommentar seine Bedeutung verliert oder verändert, und so weiter. Vielleicht können die Erkenntnisse dieses Kapitels solche weitergehenden Überlegungen ermöglichen oder jedenfalls erleichtern. Thema des Kapitels selbst soll aber nicht die Transnationalisierung des Privatrechts insgesamt sein, sondern lediglich jenes Privatrecht, das nicht nationaler Art ist – und auch nicht gemeinschaftsrechtlicher, weil sich dort spezifische Probleme stellen.

Wodurch zeichnet sich das nationale Privatrecht aus, von dem hier transnationales Privatrecht unterschieden werden soll? Drei Eigenschaften nationalen Rechts, das im Kommentar verarbeitet wird, sind hier relevant. Erstens geht es um formales Recht in Form von *Rechtsregeln.* Wo Recht nicht in Regelform daherkommt, kommen Kommentare im engeren Sinne nicht in Frage – dafür muss dann, wie in Lehrbüchern zum englischen Privatrecht, das nicht in Regelform gefasste Fallrecht erst in Regeln übersetzt werden, die dann ihrerseits kommentiert werden können.[7] Zweitens sind diese bindenden kommentierten Rechtsregeln entsprechend der Nationalisierung des Privatrechts im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert traditionell *nationaler* Art: Kommentiert wird etwa das (deutsche) BGB, das (schweizerische) Obligationenrecht, und so weiter. Drittens schließlich betrifft der Kommentar traditionell *bindendes* Recht: Das Bedürfnis für die Kommentierung besteht primär darin, dass Rechtsunterworfene und Rechtsanwender das Recht, das sie befolgen bzw. anwenden sollen, verstehen müssen.

Transnationales Privatrecht im hier verstandenen Sinne übernimmt das erste dieser Kriterien. Es geht also auch hier um die Kommentierung von Rechtsregeln. *Calliess* hat vorgeschlagen, jedenfalls im Rahmen des transnationalen Privatrechts auch Kommentare zu ungeschriebenem Recht mit einzubeziehen.[8] Das machte es schwierig, den Kommentar von anderen Formen wissenschaftlicher Bearbeitung abzugrenzen.[9] Es ist auch nicht nötig: Für eine Untersuchung des Kommentars ist das transnationale Privatrecht dort besonders interessant, wo es in Regelform vorkommt, ohne eigentlich bin-

---

[6] *J. Basedow,* Euro-Zitrone für den Palandt, ZEuP 1 (1993), 456; zu notwendigen „Anpassungsleistungen“ auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 95 f.; zu Tendenzen in letzterer Zeit *loc. cit.,* 296. Allgemein *G.-P. Calliess,* Kommentar und Dogmatik im Recht, in Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 2), 381–392.

[7] Siehe dazu *N. Jansen,* The Making of Legal Authority, 2010, 128 ff.

[8] *Calliess,* Kommentar und Dogmatik in Recht (Fn. 6), 381–392, 381.

[9] So auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 10.

dendes Gesetz oder Kodifikation zu sein. Nicht in Regeln gefasstes transnationales Privatrecht wie etwa die (ephemere) „lex mercatoria" oder die (oft missverstandene) „Schari'a" lassen sich in weiterem Sinne kommentieren. In der hier vorausgesetzten Form des (Regel-)Kommentars ist das indes nur möglich, wenn sie in Regelform daherkommen, also etwa als UNIDROIT Principles[10] oder in Form von Koran und Hadith.[11]

Transnationales Privatrecht unterscheidet sich von nationalem Privatrecht hinsichtlich des zweiten Kriteriums: Es geht um Recht, das über Grenzen hinaus gilt oder jedenfalls gelten will.[12] Damit ist nicht nur zwischen- und überstaatliches sowie nichtstaatliches Recht umfasst. Zudem soll hier noch ein weiterer Typ Privatrecht als transnational bezeichnet und mitbehandelt werden, nämlich ausländisches Privatrecht. Ausländisches Privatrecht ist selbstverständlich nationales Privatrecht. Der transnationale Charakter resultiert hier aus der Verwendung. So ist lange Zeit etwa englisches Gesellschaftsrecht häufig auch für Gesellschaften in Deutschland zugrunde gelegt worden. Der transnationale Charakter kann sich aber auch schon aus dem Kommentar selbst ergeben, der durch seinen Blick über die Grenze das transnationale Element hinzufügt.

Hinsichtlich des dritten Kriteriums – der bindenden Kraft – muss man unterscheiden. Transnationales Privatrecht kann bindend sein, wie es etwa beim UN-Kaufrecht der Fall ist.[13] Solches Recht unterscheidet sich wesentlich von nationalem bindendem Recht: Es muss verschiedene Rechtskulturen zusammenbringen, ohne dabei auf einen einheitlichen Regulierungsrahmen zurückgreifen zu können (wie er etwa dem französischen *Code Civil* und dem BGB zur Verfügung stand, die beide jedenfalls germanische und römische Rechtstraditionen zusammen bringen mussten, und wie er auch in geringerem Maße innerhalb der EU besteht). Zudem bedarf es zu seiner Durchsetzung regelmäßig nationaler Institutionen; es fehlt zumeist an einem Höchstgericht wie dem BGH oder der Cour de Cassation, die sowohl Einheitlichkeit in die Auslegung bringen als auch das Recht allgemein fortbilden könnten. All das hat Auswirkungen auf den Kommentar, wie sich zeigen wird.

---

[10] Dazu unten III.2.

[11] Religiöse Rechte könnten als transnationales Recht verstanden werden (*R. Michaels,* Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung, in R. Zimmermann [Hg.], Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, 2016, 39–101, 56 f. m.w.N.) und daher zum Thema dieses Kapitels gehören. Weil aber gerade im Zusammenwirken von Recht und Religion ganz eigene Probleme auftreten, die zudem anderswo bereits breit aufgearbeitet sind (*Kästle/Jansen,* Kommentare in Recht und Religion [Fn. 2]), verzichte ich darauf.

[12] Dazu *J. Basedow,* Internationales Einheitsrecht im Zeitalter der Globalisierung, RabelsZ 81 (2017), 1–31.

[13] Auch europäisches Privatrecht ist transnational, wird hier aber nicht mitbehandelt. Siehe dazu den Beitrag von *J. Kleinschmidt,* Kommentare im europäischen Privatrecht: Rezeption einer Literaturform, in diesem Band, 361–393.

Häufig ist solches transnationales Privatrecht aber nicht bindend. Nichtbindend sind zum einen Privatkodifikationen[14] regionaler Art (wie etwa die *Principles of European Contract Law* sowie andere regionale Projekte) oder auch weltweiter Art (wie etwa die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*). Nichtbindend sind zum anderen transnationale Standards, die sich – häufig über Einbeziehung als allgemeine Geschäftsbedingungen – so sehr durchgesetzt haben, dass sie sich gegenüber der Parteivereinbarung gewissermaßen objektivieren; Beispiele sind etwa die *Incoterms* oder das *ISDA Master Agreement.*[15]

III. Material

Eine Übersicht über Kommentare zum transnationalen Privatrecht in der oben gelieferten Definition zu erlangen ist nicht ganz leicht. Versucht werden soll es trotzdem. Dabei geht es hier weniger um Vollständigkeit und mehr darum, Besonderheiten der verschiedenen Typen zu identifizieren.

1. Kommentare zu bindendem transnationalem Privatrecht

Der erste identifizierte Typus des transnationalen Privatrechts ist internationales Einheitsprivatrecht. Hier steht das UN-Kaufrecht vornan, das in zahlreichen Sprachen kommentiert wurde.[16] Auch das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im Internationalen Straßenverkehr (CMR) ist sehr häufig kommentiert worden.[17] Zu anderen Texten gibt es etwas weniger Kommentarliteratur.

Eine Besonderheit bei solchen Texten ist nun, dass es häufig einen quasi-offiziellen Kommentar einer verantwortlichen Stelle oder sogar des Rechtsetzers selbst gibt. Soweit ein solcher Kommentar im Entwurfsstadium oder zusammen mit dem Einheitsrechtstext entsteht, so wie der Sekretariatskommentar zum (damals im Entwurf befindlichen) UN-Kaufrecht,[18] geht es da-

[14] Zum Begriff *R. Michaels,* Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, RabelsZ 62 (1998), 580–626; begrifflich ähnlich jetzt *I.S. Jarass,* Privates Einheitsrecht, 2019, 8 ff.

[15] *B.K. Jomadar,* The ISDA Master Agreement – The Rise and Fall of a Major Financial Instrument, 2007, <https://ssrn.com/abstract=1326520>.

[16] Staudinger/*Magnus,* Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2018, XI f. listet über dreißig Kommentare.

[17] Siehe die Liste von Kommentaren und Handbüchern bei *K.-H. Thume* (Hg.), Kommentar zur CMR, 3. Aufl., 2013, 1257 ff.

[18] Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Prepared by the Secretariat (A/CONF. 97/5), in: Official Records (A/CONF. 97/19), 14–66, online: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf>.

rum, in nicht bindender Form den Willen des Quasigesetzgebers gewissermaßen schon vorher festzustellen.[19] Die Funktion eines quasioffiziellen Kommentars wird auch erfüllt von umfangreichen Präambeln oder erläuternden Berichten.[20] All das sind Nachkommen von Kommentierverboten: Kommentare können nicht verboten werden, aber der Rechtsetzer will doch zumindest die Gefahr, missverstanden zu werden, etwas reduzieren. Es gibt eine Reihe von Kommentaren, die von den Autoren des Rechtstextes selbst stammen, wie etwa bei den *Incoterms.*[21] Das Phänomen ist indes nicht auf transnationales Privatrecht beschränkt. Manchmal kommentiert auch der Gesetzgeber selbst sein eigenes Gesetz (so wie das niederländische Justizministerium beim Obligationenrecht).[22] Oder, noch weiter, der Wissenschaftler kommentiert den von ihm selbst entworfenen Gesetzestext, so wie *René David* hinsichtlich des von ihm entworfenen äthiopischen Obligationenrechts.[23]

Dass der Rechtsetzer so darauf bedacht ist, die Bedeutung des eigenen Textes durch Kommentierung festzuschreiben, liegt auch daran, dass spätere Textänderungen eines Gesetzgebers zur Klarstellung im transnationalen Privatrecht aus institutionellen Gründen schwer möglich sind. Sofern ein solcher Text später entsteht, wie etwa die Sammlung der Stellungnahmen des CISG *Advisory Council,*[24] liegt darin der Versuch, die disparate Rechtsprechung zu bestimmten Fragen ohne Bindungskraft gewissermaßen durch die Schaffung von *focal points* zu vereinheitlichen. So verbinden sich die Funktion eines gesetzgeberischen Auslegungsgremiums, eines Höchstgerichts und eines wissenschaftlichen Kommentars.

2. Kommentare zu Privatkodifikationen

Separat zu sehen sind Kommentare zu nicht bindendem transnationalem Privatrecht, insbesondere Privatkodifikationen. Hier kann es nicht mehr darum gehen, den gesetzgeberischen Willen zu ermitteln, weil es keinen Gesetzge-

---

[19] Zum regelmäßig kommentarähnlichen Aufbau erläuternder Berichte zu Übereinkommen vgl. *K. Linhart,* Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, 2005, 219 f.

[20] *U.P. Gruber,* Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, 178 f; *Linhart,* Internationales Einheitsrecht (Fn. 19), 212 f., 219 f. und *passim.*

[21] *International Chamber of Commerce,* Commentary on UCP 600: Article-by-article analysis by the UCP 600 Drafting Group, 2007; *M.F. Sturley et al.,* Rotterdam Rules, 2010, vii. Vgl. auch *F. Eisemann,* Die Incoterms heute und morgen, 1976 – Eisemann war Ehrenpräsident der ICC.

[22] The Netherlands Civil Code Book 6 – The Law of Obligations – Draft Text and Commentary (ed. by the Netherlands Ministry of Justice).

[23] *R. David,* Commentary on Contracts in Ethopia, 1973.

[24] *I. Schwenzer* (Hg.), The CISG Advisory Council Opinions, 2017; zur Institution auch etwa *J.D. Karton/L. de Germiny,* Has the CISG Advisory Council Come of Age?, Berkeley Journal of International Law 27 (2007), 448–495.

ber im eigentlichen Sinne gibt.[25] Dass zu nichtbindenden Rechtstexten gleichermaßen nichtbindende Kommentare erscheinen, bringt Rechtstext und Kommentar näher aneinander und verdient schon daher besondere Beachtung.

Stärker noch als bei Staatsverträgen sind bei Privatkodifikationen die Kommentare selbst schon Teil der Privatkodifikationen. Das ist der Fall beim nationalen Vorbild der meisten Privatkodifikationen, den US-amerikanischen Restatements, die ihren Regeln sowohl sogenannte „comments" hinzufügen, in denen die Regeln erläutert werden, als auch sogenannte „reporter's notes", die das Material nennen und auch ausführen, inwieweit die Regel dem tatsächlich geltenden Recht entspricht. Bei den Diskussionen im American Law Institute, das diese Restatements verantwortet, geht es daher recht häufig darum, ob ein gefundenes Ergebnis in die Regel gehört oder in den *comment;* entschieden wird das anhand der Bedeutung des Ergebnisses. Ein ähnliches Muster mit *comments* und *notes* findet sich bei den PECL (wobei die *notes* anders als beim US Restatement nicht nach Themen, sondern nach Rechtsordnungen gegliedert sind).[26] Die UNIDROIT Principles enthalten demgegenüber nur *comments* und keine rechtsvergleichenden *notes.*[27] Die *comments* sollen hier integraler Teil des Regelwerks sein.[28]

Noch überraschender ist im Grunde die Tatsache, dass es auch wissenschaftliche Kommentare von Privatkodifikationen gibt. Das umfangreichste Werk solcher Art ist der Kommentar von *Vogenauer* und *Kleinheisterkamp* (seit der zweiten Auflage nur von *Vogenauer*), der die UNIDROIT Principles auf mehr als 1500 Seiten Regel für Regel sowohl exegetisch als auch rechtsvergleichend kommentiert.[29] Andere kürzere Kommentare zu den Principles orientieren sich ganz wesentlich an diesem Werk.[30] Hier wird nichtbindendes

---

[25] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 7), 6 f., spricht deshalb anstatt von Privatkodifikationen von nichtlegislativen Kodifikationen.

[26] *O. Lando,* Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?, RabelsZ 56 (1992), 261–273, 267.

[27] *S. Vogenauer,* Introduction, in: ders. (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2. Aufl., 2015, Rn. 32. Kritisch deshalb etwa *Vogenauer, loc. cit.,* Rn. 23; *R. Michaels,* Preamble I, *loc. cit.,* Rn. 4; *R. Zimmermann,* Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, 2002, 13; *J. Basedow,* Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Uniform LR 2000, 129, 130 f.

[28] *M.J. Bonell,* Transnational Commercial Contract Law: An International Restatement of Contract Law, 3. Aufl., 2005, 62.

[29] *Vogenauer,* Commentary on the UNIDROIT Principles (Fn. 27). Vgl. zur Einordnung in die Gattung der Kommentarliteratur insbesondere die Besprechung der ersten Auflage 2005 (hg. von *Vogenauer* und *J. Kleinheisterkamp*) durch *N. Jansen,* JZ 2009, 1008 f.

[30] *R.B. Bobei,* Concise Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 2017; *E.J. Brödermann,* UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2018; auch in *P. Mankowski* (Hg.), Commercial Law, 2019, 462–827.

Recht ganz wie bindendes behandelt. Bei anderen Kommentaren, die die Privatkodifikationen mit jeweiligem nationalem Recht vergleichen,[31] sieht man das Bedürfnis, dem transnationalen Rechtstext einen „touchdown“ durch Rezeption im nationalen Recht zu ermöglichen.

3. Kommentare zu Standard Terms

Das wichtigste transnationale Privatrecht findet sich indes wohl nicht in Privatkodifikationen, sondern in *standard terms.* Einige dieser *standard terms,* wie etwa die *Incoterms,* haben eine Fülle von Kommentaren hervorgebracht.[32] Auch das *ISDA Master Agreement* ist kommentiert worden.[33] Solche Kommentierungen (die es auch bei nationalen *standard terms* häufig gibt) erfüllen vor allem praktische Bedürfnisse; sie werden meist von Praktikern verfasst und haben typischerweise weniger wissenschaftlichen Anspruch. Behandelt werden praktische Problemfragen; Systematisierung steht demgegenüber häufiger hintan. Die *Incoterms* etwa bestehen im Grunde aus verschiedenen, teils identischen Klauselwerken für verschiedene Verteilungen von Vertragspflichten.[34] Die sich ergebenden Redundanzen zwischen unterschiedlichen *Incoterms* werden im Kommentar manchmal schlicht repliziert.[35]

4. Kommentare zu ausländischem Privatrecht

Eine Besonderheit stellen schließlich Kommentare zu ausländischem Privatrecht dar, und zwar nicht nur Übersetzungen von Kommentaren aus dem Ursprungsland. Hier geht es darum, dass das ausländische Gesetz dem inländischen Benutzer nicht nur (etwa durch Übersetzung) zur Kenntnis gebracht sondern auch durch Kommentierung erläutert wird. Die Übergänge sind dabei oft fließend. So enthält etwa eine frühe Übersetzung des deutschen BGB ins Englische,[36] die ein chinesischer Jurist (und späterer Justizminister) während eines langjährigen Aufenthalts in den USA herstellte, eine Reihe recht kurzer und allgemeiner Kommentare in Form von Fußnoten (die ein Rezensent in-

---

[31] Etwa *D. Busch et al.,* The Principles of European Contract Law and Dutch Law, 2002; *D. Busch et al.,* The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law, 2006.

[32] Siehe die Liste bei *B. Piltz/J. Bredow,* Incoterms, 2016, XXI f.

[33] Field Fisher Waterhouse, Commentary on the ISDA Master Agreement, 2008.

[34] Siehe etwa *J. Bredow/B. Seiffert,* Incoterms 2000, 2000, 12 f.

[35] *Piltz/Bredow,* Incoterms (Fn. 32), Vorwort.

[36] The German Civil Code. Translated and annotated with an Historical Introduction and Appendices by *C.H. Wang,* 1907. Vgl. dazu *M. Dittmann,* Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law, 2001, 190-195. Allgemein zum Autor *O. Spiermann,* Judge Wang Chung-hui at the Permanent Court of International Justice, Chinese Journal of International Law 5 (2006), 115–128; *Yu, Wei-xiung,* Wang Chung-hui yu Jindai Zhungguo [Wang Chung-hui und das moderne China], 1987.

haltlich scharf kritisierte).[37] Ähnlich allgemein ist ein englischer Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch aus derselben Zeit.[38] Etwas umfangreicher ist die Kommentierung in den von 1927 bis 1939 entstandenen Bänden der Reihe „Die Zivilgesetze der Gegenwart", die auch (bewusst kurze) rechtsvergleichende Hinweise enthalten.[39] Kürzer und nicht rechtsvergleichend ist die Kommentierung in einer deutschsprachigen Ausgabe des spanischen Zivilgesetzbuchs, in der auf Urteile spanischer Gerichte hingewiesen wird.[40] Die Autoren gehören manchmal der Ursprungsrechtsordnung an, häufiger aber der Zielrechtsordnung – und manchmal kommentieren auch italienische Juristen ein georgisches Gesetzbuch auf Englisch.[41]

Mehr für die Praxis gedacht sind Kommentare zum englischen *Companies Act.*[42] Der Hintergrund für diese Praxis besteht darin, dass seit der Centros-Rechtsprechung des EuGH vielfach auch in Deutschland englisches Recht als Gesellschaftsstatut gewählt wurde. Ebenso zu werten sind ausländische Kommentare zu *Takeover Codes.*[43] Besonderes Interesse verdient indes ein neuer voluminöser englischsprachiger Kommentar zum BGB.[44] Der Kommentar ist einerseits für Benutzer konzipiert, die weder die deutsche Sprache noch das deutsche Recht beherrschen und betont daher funktionelle Grundzüge und vergleichende Einsichten.[45] Andererseits betonen die Herausgeber aber auch, ihr Werk sei in Form und Inhalt ganz wie ein deutscher Kommentar und exportiere daher auch ein Stück deutsche Rechtskultur (und „law made in Germany").[46]

---

[37] *E.J. Schuster,* A Chinese Commentary on the German Civil Code, Journal of the Society of Comparative Legislation 8 (1907), 247–249, 248 f.

[38] *J.E. De Becker,* Commentary on the Commercial Code of Japan, 3 Bde., 1913. De Becker praktizierte als Anwalt in Yokohama und heiratete, für die damalige Zeit ganz ungewöhnlich, eine Japanerin.

[39] Vgl. *R.-U. Kunze,* Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1926–1945, 2004, 153–155.

[40] *W. Sohst,* Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl., 2019.

[41] *A Borroni* (Hg.), Commentary on the Labour Code of Georgia, 2014.

[42] *A. Schall* (Hg.), Companies Act, 2014. Auf Anmerkungen beschränkt ist die Kommentierung in *K. Degenhardt* (Hg.), Companies Act 2006, 2010.

[43] *G. Apfelbacher et al.,* German Takeover Law: A Commentary, 2002; *G. Nyström et al.,* The Swedish Takeover Code – An Annotated Commentary, 2017 (hier wird in der Tat die Dreiteilung des US Restatement in Rule-comment-note (oben III.2) repliziert).

[44] *G. Dannemann/R. Schulze* (Hg.), German Civil Code – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Bd. 1: Books 1–3, 2020.

[45] *G. Dannemann/R. Schulze,* Introduction, in: dies., German Civil Code (Fn. 44), Rn. 63.

[46] *Dannemann/Schulze,* Introduction (Fn. 45), Rn. 64.

IV. Kommentar und Referenztext

Im transnationalen Privatrecht ist das Verhältnis zwischen Kommentar und Referenztext ein Besonderes. Eine erste Besonderheit liegt darin, dass transnationales Privatrecht oft in mehreren Sprachversionen vorliegt. Die meisten Kommentare ignorieren das und beziehen ihre Kommentierung auf die übersetzte Fassung, weisen dann aber innerhalb der Kommentierung darauf hin, wenn die Sprache relevant wird. Manchmal wird die englische Originalfassung aller Normen mit abgedruckt, gefolgt von der Übersetzung.[47]

Daneben stellt sich die Frage, wie umfassend der Referenztext kommentiert werden soll. Ihrer Natur gemäß beschränken sich solche Texte oft nicht auf Regeln: Sie haben zudem Präambeln, manchmal umfassende erläuternde Berichte, zum Teil sogar (wie die UNIDROIT Principles) ihre eigenen Kommentare und Anmerkungen. All das wird regelmäßig für bindend erklärt. Die Kommentarliteratur nimmt das nur teilweise auf. Präambeln werden oft kommentiert – sogar sehr umfangreich dort, wo ihnen eine wichtige Rolle zukommt. Im Kommentar von *Vogenauer* zu den UNIDROIT Principles etwa umfassen die beiden Kommentierungen der Präambel insgesmt 119 Seiten, während die meisten einzelnen Regeln auf nur wenigen Seiten kommentiert werden.[48] Erläuternde Berichte und auch interne Kommentare werden regelmäßig allenfalls innerhalb der Kommentierung einzelner Vorschriften kommentiert – freilich verzichten auch die Regelsetzer selbst oft auf den Abdruck dieser Kommentare.

Teilweise passt die traditionelle Form der Kommentierung nicht zur Struktur des transnationalen Privatrechts. Zu Redundanzen bei den *Incoterms* wurde schon oben berichtet.[49] Manchmal löst sich die Kommentierung von der Systematisierung und ähnelt durch eigene Struktur eher einem Lehrbuch.[50] Ähnlich ist es in Kommentaren zum Schiedsrecht, die unterschiedliche Regelungen verschiedener Institutionen in ihrer Konkordanz zusammenstellen und gemeinsam kommentieren. Insgesamt ist das Verhältnis zum Referenztext häufig etwas laxer als im deutschen Recht, was teilweise an der geringeren Bindungskraft liegen mag, teilweise aber auch daran, dass ausländische Wissenschaftler nicht der deutschen Kommentarkultur entstammen.

---

[47] So etwa *J. Ramberg/J. Herre,* Internationella köplagen (CISG) – En kommentar, 4. Aufl., 2016.

[48] *Michaels,* Preamble I (Fn. 27), 31–109 (79 Seiten); *M. Scherer,* Preamble II, in: Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles, (Fn. 27), 110–149 (40 Seiten). Länger als acht Seiten sind sonst nur drei Kommentierungen: Art. 1.6 (Interpretation and supplementation) mit 24 Seiten; Art. 1.7 (Good Faith and fair dealing) mit 21 Seiten; Art. 2.1.6 (Mode of acceptance) mit 15 Seiten.

[49] Oben III.3.

[50] *Ramberg/Herre,* Internationella köplagen (CISG) (Fn. 47).

V. Diskursive und institutionelle Bezüge

Wenn es stimmt, dass der Kommentar Bezüge herstellt zwischen dem Gesetzgeber (dessen autoritativer Text kommentiert wird), Rechtsprechung (deren Praxis maßgeblich eingeht) und Wissenschaft (die das geltende Recht systematisiert, Auslegungen vorschlägt, und ihrerseits auch oft für die Kommentierung verantwortlich ist), dann stellen sich im transnationalen Privatrecht Besonderheiten für alle drei Instanzen.

Ein Gesetzgeber fehlt im transnationalen Privatrecht. Selbst bindendes Privatrecht wie das UN-Kaufrecht wird nicht durch einen Gesetzgeber erlassen, sondern in staatsvertraglicher Form vereinbart. Schon wegen dieser völkerrechtlichen Verankerung des Einheitsrechts kommt der Wissenschaft eine besondere Bedeutung zu.[51] Ähnlich ist es bei *standard terms.* Nichtbindende Privatkodifikationen schließlich sind selbst Produkte der Rechtswissenschaft; die wissenschaftsinterne Ausdifferenzierung in Quasigesetzgeber und Kommentator kann indes zur Legitimisierung der Privatkodifikation beitragen.

Bei der Rechtsprechung stellen sich ebenfalls Sonderprobleme. Zum einen ergeht Rechtsprechung zu transnationalem Privatrecht, das sich durchgesetzt hat – wie das UN-Kaufrecht – in unterschiedlichen Rechtsordnungen. Aufgabe gerade auch des Kommentars ist es hier, diese Rechtsprechung nicht nur zu sammeln, wie das für wichtige Texte des transnationalen Privatrechts geschieht,[52] sondern auch in die Systematik des Kommentars aufzunehmen. In einigen Kommentaren wird der Zugang gerade auch zu ausländischen Quellen ermöglicht.[53] Andere Kommentare zitieren ausschließlich nationales Recht und behandeln damit das transnationale Recht, als wäre es Teil des nationalen; das mag oft daran liegen, dass sowohl Autoren als auch Adressaten Rechtsanwälte sind.[54] Bisweilen wird versucht, dies dadurch zu kompensieren, dass ausländische Rechtsprechung in separaten Länderberichten zusammengefasst wird.[55] Wirkliche Transnationalität wird so nicht erreicht.

---

[51] In der umfangreichen Literatur zur einheitlichen Auslegung von Einheitsrecht fehlen indes regelmäßig Erwägungen zur systematisierenden Rolle der Wissenschaft; oft wird ihr Beitrag auf die Erstellung von vergleichenden Rechtsprechungsberichten beschränkt. Kurz immerhin *J.A. Bischoff,* Auslegung des internationalen Einheitsrechts, in: J. Basedow/ K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, 126–130.

[52] Siehe etwa die Ermittlungen zu einzelnen Texten bei *Linhart,* Internationales Einheitsrecht (Fn. 19).

[53] *Schlechtriem/Schwenzer* zum CISG; *Vogenauer* zu den PICC.

[54] Etwa *R. Herber/H. Piper,* CMR, 1996 (dort findet sich ein Angang mit kurzen Berichten zum innerstaatlichen Recht ausgewählter europäischer Staaten). Größere Beschränkung auf deutschsprachige Quellen etwa bei *W. Witz/H.-C. Salger/M. Lorenz,* Internationales Einheitliches Kaufrecht, 2. Aufl., 2016 (die Autoren sind deutsche Rechtsanwälte).

[55] So in *Thume,* Kommentar zur CMR (Fn. 17), 995 ff.

Kommentare zum ausländischen Recht, die sich – wie die meisten – auf Rechtsprechung aus dem kommentierten Recht beschränken, sind dabei nur beschränkt hilfreich: Wer einen Kommentar zum spanischen Zivilgesetzbuch auf Deutsch lesen muss, wird regelmäßig auch die Rechtsprechung nicht im spanischen Original lesen können. Hilfreicher wäre es, verstärkt auf in die Zielsprache übersetzte Materialien hinzuweisen (soweit diese existieren); das ist aber natürlich besonders anspruchsvoll.

Weitere Besonderheiten ergeben sich daraus, dass transnationales Privatrecht mehrere Rechtsordnungen und mehrere Sprachen verbindet. Letzteres führt dazu, dass einige Kommentare – oft ohne große Änderungen – in mehreren Sprachen erschienen sind, so etwa zum UN-Kaufrecht *Bianca/Bonell* in Italienisch und Englisch, *Schlechtriem/Schwenzer* sogar in fünf verschiedenen Sprachen (Deutsch, Englisch, Spanisch, Portugiesisch, Türkisch), ebenso zu den nichtbindenden *Incoterms Eisemanns* Kommentierung in Deutsch, Französisch und Spanisch.[56] Damit wird nicht nur ein weiterer Adressatenkreis erreicht. Zudem besteht die (nicht immer genutzte) Möglichkeit, jedenfalls stilistisch, ab und zu sogar inhaltlich auf Besonderheiten einzugehen.

Anders als der nationale Kommentar, der auf einer einheitlichen Rechtskultur aufbauen kann, muss der Kommentar zum transnationalen Privatrecht Unterschiede zwischen nationalen Rechtskulturen überwinden und zudem transnationales und jeweiliges nationales Recht miteinander verbinden. Gerade weil es ein Desiderat für transnationale Rechtstexte ist, neutrale Begriffe zu benutzen, die nicht einer bestimmten Rechtskultur entstammen, muss der Kommentator hier eine Erklärungsleistung erbringen, die im nationalen Kontext jedenfalls gegenüber ausgebildeten Juristen weniger unabdingbar ist.

Noch ungewöhnlicher ist das Verhältnis zwischen Kommentar und Referenztext beim nichtbindenden transnationalen Privatrecht. Hier fehlt es an der aus dem nationalen Recht bekannten Rollenteilung zwischen institutionell legitimiertem Rechtsetzer einerseits und wissenschaftlichem Kommentator andererseits. Herstellung des Referenztextes und Herstellung des Kommentars sind beides wissenschaftliche Tätigkeiten, teilweise unter Beteiligung derselben Personen. Es ist nicht überraschend, wenn einige nichtbindende Texte ihren eigenen Kommentar haben.[57] Überraschender ist vielleicht die Kommentierung nichtbindender Texte wie der UNIDROIT Principles durch Andere. Im Grunde handelt es sich hier um Wissenschaft über Wissenschaft. Vorbilder gibt es natürlich – auch bei Digestenkommentatoren kommentieren Juristen die Texte anderer Juristen –, aber das rechtfertigt sich doch jedenfalls

[56] *F. Eisemann,* Die Incoterms – Zur Klauselpraxis des internationalen Warenhandels – Allgemeine Einführung und Kommentar, 1976; *ders.,* Usages de la vente commerciale internationale – Incoterms, 1. Aufl., 1972 (3. Aufl., 1988); *ders.,* Incoterms – Los usos de la venta comercial internacional, 2. Aufl., 1985.

[57] Oben III.2.

durch den erheblichen Zeitraum, der zwischen Verfassen und Kommentieren vergangen ist. Die Kommentierung des nichtbindenden Rechtstextes behandelt diesen im Grunde als etwas Verbindlicheres, als er wirklich ist.

Kommentarverbote gibt es im transnationalen Privatrecht (selbstverständlich) nicht.[58] Die solchen Verboten zugrundeliegende Sorge, dass ein Kommentar nämlich die Autorität des Referenztextes selbst untergraben und dessen Bedeutung verändern könnte – eine Sorge, die sich von Justinian hin zu Napoleon finden lässt[59] – besteht im transnationalen Privatrecht in besonderer Weise, weil Rezeption und Kommentierung typischerweise im nationalen Kontext erfolgen. Insofern stellt das für das Einheitsrecht charakteristische Gebot autonomer Auslegung[60] ein partielles funktionales Äquivalent zum Kommentierverbot dar: Kommentierung ist nicht verboten, aber die nationalisierende Kommentierung wird wenigstens erschwert. Andererseits ist die Sorge des transnationalen Rechtsetzers oft weniger, dass sein Recht falsch ausgelegt wird, als dass es schlicht ignoriert wird. Insofern wird ihm der Kommentar oft eher nützlich sein: Man kann sagen, dass die Kommentierung den nichtbindenden Text nicht nur nicht schwächt sondern in seiner Bedeutung sogar verstärkt.[61] *Michael Joachim Bonell,* der Hauptinitiator der UNIDROIT Principles, zeigte sich ursprünglich recht reserviert gegenüber dem großen Kommentar zu den Principles – auch weil diese dem Referenztext gegenüber nicht immer unkritisch sind.[62] Mittlerweile ist er wohl ganz froh über diese wissenschaftliche Verarbeitung.

Trotzdem bleiben in der Rezeption, soweit man das sehen kann, Referenztext und Kommentar weitgehend getrennt. Die UNIDROIT Principles einerseits werden in der Praxis, wenn überhaupt, zwar als Referenztexte herangezogen aber nur selten ihrerseits der Auslegung unterworfen.[63] Der Kommentar zu den UNIDROIT Principles dient daher, soweit man sehen kann, zwar vielen als rechtsvergleichendes Kompendium, spielt aber kaum eine Rolle für die Auslegung der Principles selbst. Das gleiche gilt für die offiziellen *comments,* die auch fast keine Rolle spielen.

---

[58] Oben III.1.

[59] *H.-J. Becker,* Kommentier- und Auslegungsverbote, in: A. Erler *et al.* (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., Bd. 2, 1978, 963–974; *S. Vogenauer,* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. 1, 2001, 581 ff.

[60] *Basedow,* Internationales Einheitsrecht im Zeitalter der Globalisierung (Fn. 12), 20 f.

[61] Ebenso *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 6), 391.

[62] *M.J. Bonell,* Bespr. von Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 29), Uniform LR 13 (2009), 415–417, 416 f. Dass der Autor eines quasilegislativen Textes selbst einen Kommentar dieses Textes rezensiert, ist etwas skurril.

[63] *Michaels,* Preamble I (Fn. 27), Rn. 108 ff.

VI. Form und Medialität

Bei der Form der Kommentare zum transnationalen Privatrecht ergeben sich nur wenige Besonderheiten gegenüber Kommentaren zum nationalen Privatrecht. Ebendiese Ähnlichkeit selbst macht aber eine Besonderheit aus. Der moderne Kommentar deutscher Prägung entstammt ja wesentlich dem Umgang mit der Kodifikation.[64] Seine Übertragung auf das bindende Einheitsrecht wie etwa das UN-Kaufrecht ist insofern noch einigermaßen unproblematisch, als das UN-Kaufrecht selbst in Form und Funktion in die europäische Kodifikationstradition einzuordnen ist. Das gilt in eingeschränktem Maße natürlich auch für Restatements wie die US Restatements oder PECL und UNIDROIT Principles.[65] Mangels Gesetzeskraft sind solche Privatkodifikationen aber keine echten Kodifikationen – es lässt sich sagen, dass sie die Form der Kodifikation ausleihen, so dass etwas von der Legitimität legislativer Kodifikationen auf sie abfärbt. Ihr Geltungsanspruch entspringt also nicht nur ihrer Qualität sondern ganz wesentlich auch ihrer Form.[66] Diese Legitimierung durch Form erweitert sich nun durch den Kommentar: Wenn der Kommentar zu den UNIDROIT Principles seinen nichtbindenden Referenztext behandelt „as we would treat a binding contract law“,[67] rückt er sie dadurch einem solchen bindenden Recht näher.[68] Anders gesagt: Wenn Recht das ist, was Juristen als Recht behandeln, so ist die Behandlung der Privatrechtskodifikation als Recht, die durch die Kommentierung erfolgt, ein weiterer Schritt der „Recht-Fertigung“.[69]

Dabei ergibt sich die Legitimität von Referenztext einerseits und Kommentierung andererseits durch Ausdifferenzierung, die formal dargestellt wird. Das gilt auch bei bindendem Recht. Bemerkenswerterweise legen *Dannemann* und *Schulze* in ihrem neuen Kommentar zum BGB die vom Bundesjustizministerium im Internet veröffentlichte Übersetzung zugrunde, obwohl diese (anders als der deutsche Text) selbst nicht offiziell oder bindend ist, und obwohl in der Kommentierung die Übersetzung vereinzelt kritisiert und ver-

---

[64] Dazu *T. Henne,* Die Entstehung des Gesetzeskommentars in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: Kästle/Jansen, Kommentare in Recht und Religion (Fn. 2), 317–329, 323–329; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 209 ff.

[65] *N.M. Crystal,* Codification and the Rise of the Restatement Movement, Washington LR 54 (1979), 239–273; *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 7).

[66] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 7).

[67] *S. Vogenauer/J. Kleinheisterkamp,* Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009, viii.; wiederabgedruckt in *Vogenauer* (Fn. 27), x.

[68] *Jansen,* Bespr. von Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 29), 1008–1009, 1009; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 97 f.

[69] *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 7), 75 f.; *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 6), 291 f.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 98.

bessert wird.[70] Die Überzeugung, dass der Kommentator den Text so zu nehmen hat, wie er ist, zwischen Referenztext und Kommentierung streng zu trennen, war hier offenbar wichtiger als das Bedürfnis, dem fremdsprachigen Benutzer den Text des BGB durch eine eigene Übersetzung so richtig wie möglich nahezubringen.

VII. Funktionen

In vielerlei Hinsicht erfüllen Kommentare zum transnationalen Privatrecht die gleichen Funktionen wie jene zum nationalen Privatrecht. Wenn hier der Fokus besonders auf Eigenheiten liegt, soll das nicht darüber hinwegtäuschen. Zudem finden sich hier naturgemäß die größten Unterschiede zwischen den verschiedenen Typen transnationalen Privatrechts.

1. Erläuterungsbuch

Eine erste Funktion des Kommentars ist die des Erläuterungsbuchs.[71] Diese verändert sich beim transnationalen gegenüber dem nationalen Privatrecht in zweierlei Hinsicht.

Einerseits ist insbesondere bei nichtbindendem Recht die Erläuterung insofern weniger wichtig, weil der Text nur Referenz ist, aber nicht bindet. Ein gesetzgeberischer Wille, der ermittelt werden müsste, besteht nicht. Die UNIDROIT Principles etwa werden in der Regel in der Praxis als Referenzpunkte oder als Gesetzgebungsvorbilder herangezogen.[72] Ihre Auslegung dagegen scheint in der Praxis fast vollständig irrelevant zu sein. Kommentare werden zu diesem Zweck offenbar nicht herangezogen.

Andererseits wird, insoweit es doch auf die Auslegung ankommt (also insbesondere bei bindendem Privatrecht) die Erläuterungsfunktion wichtiger. Während der Kommentar zum nationalen Privatrecht bei seinem Benutzer rechtskulturelle Vorprägung und Ausbildung im kommentierten Recht voraussetzen kann, ist das beim transnationalen Privatrecht seltener der Fall. Der Kommentar muss also der Benutzerin ein Recht erklären, das nicht ihr eigenes ist; er muss darüber hinaus unter Umständen den Text auch noch rechtsvergleichend einordnen. Deshalb erfolgt manchmal Vergleichung des transnationalen Privatrechts mit nationalem Recht.[73] (Das ist insbesondere so

---

[70] *Dannemann/Schulze,* Introduction (Fn. 45), Rn. 65.

[71] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 312.

[72] *R. Michaels,* The UNIDROIT Principles as Global Background Law, Uniform LR 19 (2014), 643–668, 654 f, 656 f.

[73] *D.K. Srivastava/G. Minkang,* Tort Law in China – Commentary on the Tort Law of the People’s Republic of China with Insights from the Common Law, 2013; siehe auch

bei Kommentaren zum ausländischen Recht.)[74] Teilweise erfolgt die Vergleichung implizit (man erkennt den nationalen Hintergrund des Autors oder den des präsumtiven Lesers).

Insoweit der Text auf rechtsvergleichender Vorarbeit beruht, kommt die Notwendigkeit hinzu, ihn rechtsvergleichend zu erklären. Oft finden sich in der Kommentierung auch unterschiedliche Sprachvarianten, insbesondere zur Behandlung von Unklarheiten, wenn nicht eine Sprachvariante primär ist. Bei einem derartigen Erklärungsbedürfnis überrascht es nicht, wenn jedenfalls für einige Texte der Kommentar immer noch die Ausnahme darstellt gegenüber einer nicht einzelregelbezogenen, allgemeineren lehrbuchartigen Einführung.

2. *Wissensspeicher und Wissensfilter*

Kommentare dienen als Wissensspeicher und Wissensfilter – sie entscheiden mit, was bewahrt und was vergessen wird. Im transnationalen Privatrecht hat das eine besondere Bedeutung. Einerseits ist insbesondere der transnationale Hintergrund vieler Referenztexte für den Benutzer nicht greifbar und nicht intuitiv. Beim UN-Kaufrecht etwa erstaunt den unbefangenen Beobachter das Fehlen einer Regelung über die Zinshöhe. Die meisten Kommentare verweisen auf die Uneinigkeiten zwischen den Parteien bei den Verhandlungen, wobei teilweise keine Gründe genannt werden,[75] teilweise das Schwergewicht auf die Opposition islamischer Länder gelegt wird[76], teilweise zudem auch auf unterschiedliche politische Vorstellungen westlicher Staaten abgestellt wird[77] und teilweise eine Fülle von Gründen genannt wird.[78] Die Entstehungsgeschichte

---

etwa *Witz/Salger/Lorenz,* Kaufrecht (Fn. 54), V, siehe etwa Art. 21 Rn. 1 (Vergleich mit § 150 BGB).

[74] Eigenartig insofern *E. Braun* (Hg.), German Insolvency Code, 2. Aufl., 2019: Nach einer Einleitung finden sich weitere kurze Länderberichte, inkl. Glossarium und Abdruck relevanter Gesetzestexte, mit weitgehend einheitlichen Titeln nach der Kommentierung bestimmter Vorschriften: nach Art 19 InsO („Requirements for Commencement of Bankruptcy Proceedings“); nach Art. 55 InsO („Insolvency Estate and Classification of Creditors“); nach Art. 79 InsO („Insolvency Administrators and Creditor Bodies“); nach § 128 InsO („Performance“); nach § 147 InsO („Avoidance in Insolvency“); nach § 168 InsO („Realistion“); nach § 173 InsO („Assets Subject to Rights to Separate Satisfaction“); nach § 186 („Acceptance of Claims“); nach § 269 InsO („Insolvency Plan“); nach § 269i InsO („Group Insolvency Law“); nach § 285 („Self-Administration“); nach §§ 312–314 (aufgehoben) („Consumer Bankruptcy“); nach § 334 InsO („Deceased’s Estate“); nach § 358 InsO („International Insolvency Law“).

[75] Witz/Salger/Lorenz/*Witz,* Kaufrecht (Fn. 54), Art. 78 Rn. 1; Herber/*Czerwenka,* CMR (Fn. 54), Art. 78 Rn. 6; Staudinger/*Magnus* (Fn. 16), Art. 78 Rn. 12; *K.H. Neumayer/C. Ming,* Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire, 1993, Art. 78 Rn. 2.

[76] *G. Reinhart,* UN-Kaufrecht, 1991, Art. 78 Rn. 4.

[77] Schlechtriem/Schwenzer/*Bacher* (Fn. 53), Art. 78 Rn. 2.

[78] *Bianca/Bonell,* Art. 78 Rn. 1.4.

macht einen großen Einfluss islamischer Länder (die wenn überhaupt die Regelungen zu Zinsen insgesamt ablehnten) eher unwahrscheinlich;[79] ein wenig betreiben Kommentare hier daher wohl auch Mythenbildung.

Darin zeigt sich zugleich die Gegenfunktion des Kommentars als Wissensfilter. Wichtig ist hier insbesondere das Ausfiltern nationaler Hintergründe bestimmter Regelungen, zum Nutzen autonomer Auslegung. Die Autoren der UNIDROIT Principles verzichteten ganz bewusst auf rechtsvergleichende Hintergrundinformationen, gerade um einen Rückgang auf die nationalen Quellen zu verhindern.[80] Ob das nützlich ist, mag man bezweifeln; wer es verneint, wird hoffen, dass ein Kommentar diese Genese und auch die Unterschiede zu nationalem Recht wiederherstellt.[81]

3. *Wissensorganisation, Wissensgestaltung, Kritik*

Kommentare zum transnationalen Privatrecht haben eine besondere Aufgabe in der Wissensorganisation und -gestaltung. Die dem deutschen Rechtskreis entlehnte Form des Kommentars selbst nähert den Referenztext im Verständnis dem deutschen Recht an. Kommentare aus dem *common-law*-Bereich sehen anders aus: Regelmäßig ist die Systematik in der Kommentierung weniger stringent;[82] manche bestehen zu allergrößtem Teil aus Entstehungsgeschichte; manchmal wird ein Text nicht nach Artikeln sondern nur nach Kapiteln kommentiert.[83] Insgesamt geht es hier stärker um Zugang zu als primär angesehenen Quellen (Materialien, Rechtsprechung) als um eigenständige wissenschaftliche Kommentierungsleistung, was unterschiedliche Verständnisse von Recht und Dogmatik widerspiegelt. Ähnlich ist es bei der inneren Ordnung der Kommentierung: Deutsche Kommentatoren systematisieren die Kommentierung, solche aus dem *common law* listen oft eher einzelne Punkte auf.[84]

---

[79] Ausführlich *A.F. Zoccolillo, Jr.,* Determination of the Interest Rate under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: General Principles vs. National Law, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration 1 (1997), 3–43. Hinzu kommt, dass die herrschende Meinung dann, wenn das Kollisionsrecht auf ein Recht mit Zinsverbot verweist, die Zinshöhe nicht bei null ansetzt, sondern stattdessen auf die Kreditkosten verweist; Staudinger/*Magnus* (Fn. 16), Art. 78 Rn. 17.

[80] *M.J. Bonell* (Fn. 28) 49.

[81] *Vogenauer,* Introduction (Fn. 27), Rn. 23; *Michaels,* Preamble I (Fn. 27), Rn. 4.

[82] Zum Beispiel *Y. Baatz et al.,* The Rotterdam Rules: A Practical Annotation 2009, siehe z.B. die Kommentierung zu Art. 6.1.

[83] *M.F. Sturley et al.,* The Rotterdam Rules (Fn. 21). Ganze Kapitel werden indes vereinzelt auch in Deutschland kommentiert, so im Historisch-Kritischen Kommentar zum BGB.

[84] Vergleiche etwa die Inhaltsverzeichnisse von Vogenauer/*Vogenauer* (Fn. 27), Art. 1.6 einerseits, Vogenauer/*Anderson* (Fn. 27), Art. 2.1.6, insb. unter III., andererseits.

Ähnliche Unterschiede finden sich schließlich auch bei der Bereitschaft von Kommentatoren, Meinungen zu äußern. Stärker als beim nationalen Recht geht es bei nichtbindendem oder ausländischem Recht zuvörderst um Zugang, nur nachrangig um Meinungsbildung. Dementsprechend ist auch die Zahl der Praktikerkommentare besonders groß. Wo Kommentare Meinungen äußern, können sie gerade im transnationalen Privatrecht deshalb erfolgreich sein, weil der Gesetzgeber wenig Änderungsmöglichkeiten hat. Kritik am Referenztext ist deshalb besonders wertvoll: Bei Staatsverträgen kann sie der Ratifizierung entgegenstehen, bei nichtbindendem Recht der Überzeugungskraft einer Vorschrift. Umgekehrt ist es sicherlich auch ein Verdienst der Kommentare zum UN-Kaufrecht, dem Vorurteil in der Praxis entgegengewirkt zu haben, das UN-Kaufrecht sei erstens zu unklar und zweitens zu käuferfreundlich.

4. Konkretisierung, Vermittlung, Stabilisation

Die wichtigste Funktion des Kommentars zum transnationalen Privatrecht ist wohl die Konkretisierung des Textes. Bei nationalen Kodifikationen, die aus einer bestimmten Rechtstradition herstammen, kann auf diese Tradition bei der Konkretisierung zurückgegriffen werden; etwaige Verbote im Gesetzestext können das erfahrungsgemäß nicht verhindern.[85] Kodifikationen gehen damit unterschiedlich um. Bei transnationalem Privatrecht geht es dagegen typischerweise gerade darum, sich von solchen Traditionen loszulösen. Damit ist die Aufgabe der Konkretisierung hier besonders wichtig, die potentielle Rolle für Kommentare daher bedeutend.[86] Im UN-Kaufrecht ist das mittlerweile in beeindruckender Weise in der Kommentarliteratur geschehen. Bei anderen Texten, für die eine Fülle an Rechtsprechung fehlt, ist hier die Konkretisierung weitaus schwieriger zu leisten ohne die Gefahr, dass Kommentatoren doch wieder in nationale Stereotypen verfallen.

Konkretisierung heißt indes im transnationalen Privatrecht nicht nur Auslegung des Referenztextes, sondern zudem Herstellung des Anschlusses an den nationalen Kontext, innerhalb dessen der Text angewandt werden muss. Zudem ergibt sich die Notwendigkeit, den Anschluss an das nationale Recht (insbesondere das Prozessrecht) herzustellen. Das geschieht teilweise durch Vergleichung mit nationalem Recht, teilweise durch Darstellung der nötigen Besonderheiten. Überhaupt müssen Kommentare zum transnationalen Privatrecht längere Brücken bauen: zu fremder Rechtskultur und zu ausländischem Recht.

---

[85] Siehe nur zum BGB HKK/*Zimmermann,* Bd. 1, 2003, Einleitung 1, Rn. 13 ff.; zum französischen Code Civil *M. Ascheri,* A Turning Point in the Civil-Law Tradition: From ius commune to Code Napoléon, Tulane LR. 70 (1996), 1041–1051.

[86] Zu weitgehend allerdings *Jansen,* Bespr. von Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 29), 1008 f.: Die UNIDROIT Principles würden erst durch die im Kommentar geleistete Dogmatisierung zu praktisch anwendbarem Recht.

Transnationales Recht gilt teilweise nicht von selbst (nichtbindendes Recht), wird teilweise von der Praxis nicht selbstverständlich herangezogen (bindendes Recht) oder wird gefürchtet (ausländisches Recht). Damit hat der Kommentar oft auch die wichtige Funktion, die Anwendung des Rechtstextes überhaupt erst attraktiv zu machen, eine extreme Form der Stabilisierung der Autorität des Textes.[87] Umgekehrt bietet sich die Kritik des Textes transnationalen Privatrechts besonders an, da dieses ja ohne Wahl regelmäßig nicht automatisch gilt; die Kritik wirkt hier also weniger auf den Gesetzgeber ein und mehr auf den Rechtsnutzer. Schließlich ist die Erneuerungsfunktion besonders wichtig bei Staatsverträgen, die schwer legislativ geändert werden können: eine Funktion der dogmatischen Aufarbeitung,[88] die im Kommentar punktgenau geleistet werden kann. Teilweise ist hier allerdings noch große Zurückhaltung zu sehen, so etwa bei der bereits genannten Zinshöhe im UN-Kaufrecht, für die die Mehrheit weiter die Rechtsfortbildung mit Hinweis auf die bewusste Lücke bei der Verabschiedung ablehnt, obwohl die damaligen Gründe mittlerweile entfallen sind.[89] Vielleicht wird hier unbewusst der Staatsvertrag als weniger wissenschaftsnah und damit veränderbar angesehen als die nationale Kodifikation, die oft als zeitbezogenes und daher veränderbares Restatement angesehen wird.

5. *Recht-Fertigung*

Eine letzte Funktion besteht vielleicht nur beim transnationalen Recht. Transnationales Privatrecht, häufiger als nationales, wird oft von der Rechtsprechung ganz ignoriert. Das galt lange für das UN-Kaufrecht, das regelmäßig von Parteien abgewählt und auch sonst oft trotz der Anwendungspflicht von Gerichten ignoriert wurde. Es gilt immer noch für die UNIDROIT Principles, die trotz einer Fülle wissenschaftlicher Veröffentlichungen immer noch von Gerichten praktisch nie, von Schiedsgerichten ausgesprochen selten angewandt werden.[90] Hier entsteht ein Teufelskreis: Eben weil wenig Rechtsprechung existiert, weichen Parteien dem Text aus, so dass auch keine Rechtsprechung entstehen kann. Beim UN-Kaufrecht hat sich mittlerweile, auch durch die Leistung von Kommentaren, ein genügendes Maß an Rechtssicherheit gebildet.

Damit ergeben sich spezifische Funktionen für Kommentare zum transnationalen Privatrecht. Eine ist die Zugangsfunktion. So gibt es Kommentare,

---

[87] Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 327.

[88] Zum Beispiel *U.P. Gruber,* Methoden des internationalen Einheitsrechts (Fn. 20).

[89] Für Anwendung des Art. 7.4.9 UNIDROIT Principles siehe etwa Nachweise in C. Brunner/B. Gottlieb (Hg.)/*M. Feit,* Commentary on the UN Sales Law (CISG), 2019, Art. 78 Rn. 12 m.w.N., Rn. 11 Fn. 2876; vorsichtiger mangels einheitlicher Kriterien Schlechtriem-Schwenzer/*K. Bacher* (Fn. 53), Art. 78 Rn. 28.

[90] Siehe *R. Michaels,* Global Background Law (Fn. 72).

die sich weitgehend auf Zugang zu den Materialien beschränken, was wohl (anders als bei nationalem Recht) nicht nur an der Neuheit der Texte liegt.[91] Eine weitere ist die Werbefunktion. Der Kommentator wirbt für die Relevanz des Textes (und damit mittelbar auch wieder für die seines Kommentars).[92] Eine dritte ist die Legitimierungsfunktion. Der Kommentar legitimiert den Referenztext: Indem er ihn wie geltendes Recht behandelt, macht er ihn zum potentiell geltenden Recht. Insofern hat *Calliess* recht: Insbesondere der Kommentar zum transnationalen Privatrecht hat nicht nur dienende Funktion, er fertigt selbst Recht.[93]

VIII. Kommentare als Referenztexte?

Eine letzte Rolle des Kommentars, die *Jansen* und *Kästle-Lamparter* entwerfen, ist die als autoritatives Referenzwerk: „Der Kommentar wird faktisch zur Rechtsquelle.“[94] Für die Digesten, die zum Zeitpunkt der Rezeption Jahrhunderte alt waren, mag die *Glossa ordinaria* eine solche Rolle gespielt haben;[95] für die Kommentare zum deutschen BGB als Produkte der im deutschen Rechtskreis hochgeschätzten Rechtswissenschaft mag teilweise ähnliches gelten – insbesondere dort, wo ein bestimmter Kommentar eine Alleinstellung hat.[96]

Im transnationalen Privatrecht gibt es diese Funktion weit weniger. Gewiss haben einige Kommentare großen Einfluss. Aber bei bindendem Privatrecht in Form von Staatsverträgen besteht, soweit ersichtlich, größere Hemmung als bei Kodifikationen, der wissenschaftlichen Behandlung durch einen Kommentar eine autoritative Stellung beizumessen. Bei nicht bindendem Privatrecht anderseits, seien es Privatkodifikationen oder *standard terms,* beruht die

---

[91] *H. M. Holtzmann/J. E. Neuhaus,* A Guide to the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary, 1989; *H. M. Holtzmann et al.* (Hg.), A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary, 2015; weitgehende Beschränkung auf Materialien als Referenz auch in *P. Binder,* International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 3. Aufl., 2010.

[92] Siehe etwa *Brödermann,* UNIDROIT Principles (Fn. 30), zur Empfehlung der PICC.

[93] *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 6), 392; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 98.

[94] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 333.

[95] Vgl. *S. Lepsius,* Auflösung und Neubildung von Doktrinen nach der Glosse – Die Dogmatik des Mittelalters, in: G. Essen/N. Jansen (Hg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, 2010, 55–94, 75 f.

[96] Zur Bedeutung des Palandt etwa *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 334; zur Bedeutung von Azo im Mittelalter („Chi non ha Azzo, non vada al palazzo“) *E. Landsberg,* Ueber die Entstehung der Regel *Quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum,* Diss. Bonn, 1879.

Geltung des Rechts auf privatautonomer Setzung und damit dem Willen von Parteien, den man, selbst wenn er oft nur hypothetisch ist, kaum durch die Auslegung in einem Kommentar ersetzen kann.

Die Autorität insbesondere von Kommentaren zu nichtbindendem transnationalem Privatrecht liegt anderswo. Wenn der Referenztext selbst nicht bindend ist, löst sich der Kommentar unter Umständen in der Bedeutung und wird eigenständiges Rechtsvergleichungskompendium, wie es etwa für den Kommentar von *Vogenauer* zu den UNIDROIT Principles der Fall ist. Die Autorität eines solchen Kommentars ist dann die eines wissenschaftlichen Werkes in besonderer Form.

IX. Schluss: Nationalität und Transnationalität

Was lässt sich zum Schluss sagen? Kommentare zum transnationalen Privatrecht sind häufig. Trotz der bestehenden Unterschiede zwischen den kommentierten Referenztexten sowie zwischen den Kommentierungen lassen sich doch eine Menge von Besonderheiten gegenüber Kommentierungen nationaler Kodifikationen feststellen. Diese sagen viel aus, nicht nur über die Realität des Kommentars als transnationales Phänomen und die Realität des transnationalen Privatrechts. Sie zeigen umgekehrt auch auf, wie sehr der aus dem deutschen Rechtskreis bekannte Kommentar ein spezifisch deutsches Phänomen ist, das sich spezifisch in der deutschen Rechtskultur mit ihrer spezifischen Rolle für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft gebildet hat, und nicht ohne weiteres in den transnationalen Raum übertragbar ist.

Dass der Kommentar trotzdem den Schritt in das transnationale Privatrecht geschafft hat, bedeutet nicht eine völlige Transnationalisierung des Kommentars. Insgesamt bleibt der Kommentar weitgehend, wenn auch nicht länger ausschließlich, ein deutsches Phänomen, freilich eines, das exportiert wird.[97] Die meisten Kommentare zum transnationalen Privatrecht sind deutsch oder aus dem Deutschen übersetzt, oder beruhen bevorzugt auf Autoren aus dem deutschen Rechtskreis. Kommentare zum ausländischen Recht andererseits sind mehrheitlich entweder deutsche Kommentare oder Kommentare zum deutschen Recht. Erst in letzter Zeit nimmt diese Vorrangstellung etwas ab.

Knüpft trotzdem – im „postnationalen Zeitalter“ – der Kommentar zum transnationalen Privatrecht damit wieder an die Tradition des Kommentars zum transnationalen im „pränationalen“ Mittelalter an? Wohl eher nicht. Im Mittelalter waren bestimmte Referenztexte – etwa die Digesten – universell akzeptiert: Dogmatik musste sich im Verhältnis zu ihnen entwickeln. Das ist für heutiges transnationales Privatrecht nicht mehr der Fall: Bindendes Recht wird als kontingent verstanden, nichtbindende Privatkodifikationen als immer

---

[97] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 1), 96.

nur vorläufig. Der Kommentar hat hier häufig die bescheidenere Hauptfunktion, in einer als unübersichtlich empfundenen globalen Rechtsrealität Ordnung herzustellen oder zumindest vorzutäuschen. Insofern ist er, wie die Kommentare des Mittelalters und des frühen 20. Jahrhunderts, ein Kind seiner eigenen Zeit.

Kommentarpraxis und Kommentarkultur im Völkerrecht

Einheit, Vielheit, Besonderheit

Christian Djeffal

I. Einleitung und Überblick

Dieser Beitrag geht der Frage nach, wie sich die Gattung des Kommentars im Völkerrecht darstellt, welche Besonderheiten sie zeigt und welche Schlussfolgerungen sich dadurch in Bezug auf das Völkerrecht und die Völkerrechtswissenschaft ziehen lassen. Der Beitrag folgt der allgemeinen, diesem Bande zugrunde gelegten Definition von Kommentaren[1] und diskutiert Fragen von Publikationspraxis und Publikationskultur im Völkerrecht. Dabei weist das Völkerrecht im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten einige Besonderheiten auf, die es für einen Vergleich herausstellen und besonders interessant machen: Es ist grundsätzlich nicht an eine nationale Tradition gebunden, vielmehr bringen sich ganz unterschiedliche Rechtsgelehrte und Rechtskulturen in völkerrechtliche und völkerrechtswissenschaftliche Diskussionen ein. Damit gehen nicht nur unterschiedliche Sprachen einher, sondern auch Wissenschafts- und Publi-

[1] *D. Kästle-Lamparter,* Kommentarkulturen? Einführung und historische Einordnung, in diesem Band, 1–24.

kationskulturen. Wie stellt sich also das völkerrechtliche Kommentarwesen dar? Der Beitrag geht dieser Frage quantitativ mittels einer Auswertung bibliographischer Daten und qualitativ durch die Auswertung ausgewählter Vorworte nach. Auf dieser Grundlage gerät eine Reihe völkerrechtlicher Besonderheiten in den Blick. Der Beitrag schließt mit einer Reflexion der Ergebnisse. Vorausgeschickt werden sollen allerdings zur historischen Orientierung einige Schlaglichter der Kommentarpraxis. Diese sind grob unterteilt in die Phase der Entwurfskommentierungen und die Phase der Vertragskommentierungen. Letztere bezog sich insbesondere ab der Mitte des 20. Jahrhunderts auf die Kommentierung bestehender Verträge. Die Phase der Entwurfskommentierungen betraf die Zeit, in der im Völkerrecht wie auch in vielen nationalen Rechtsordnungen an der Kodifikation des Rechts gearbeitet wurde.

Schon das für die Kodifikationsbewegung wichtige Werk von *Jeremy Bentham* („The Principles of International Law") beschäftigte sich mit der Kodifikation des Völkerrechts. Befeuert wurde die völkerrechtliche Kodifikationsbewegung insbesondere durch den erfolgreichen Vorschlag des deutschen Emigranten *Francis Lieber* für ein Feldhandbuch, das die Regeln im bewaffneten Konflikt enthält.[2] Dieses Regelwerk wurde vom damaligen Präsidenten der Nordstaaten, Abraham Lincoln, übernommen und für die eigenen Streitkräfte verbindlich gemacht. In der Folge gab es unterschiedliche Bemühungen, den aktuellen Stand des Völkerrechts in Form von Regeln darzustellen. Autoren wie *Bluntschli,*[3] *Internoscia,*[4] *Field*[5] und *Fiore*[6] stellten aber nicht nur solche Regelwerke auf, sie fügten jeder Regel zudem eine erläuternde Erklärung bei. Damit kommentierten sie ihre eigenen Entwürfe. Solche Entwürfe wurden aber nicht nur von einzelnen Gelehrten verfasst, sondern auch in Kollaborationen. Aus der Bewegung mit dem Ziel, das Völkerrecht zu kodifizieren und progressiv zu entwickeln, ging das Institut de Droit International hervor, das sich in seinen Projekten ebenfalls mit völkerrechtlichen Entwürfen beschäftigte und diese jeweils mit einem Kommentar versah. Es ist kein Zufall, dass manche der oben erwähnten Gelehrten, die einen Entwurf einer Völkerrechtskodifikation mit Kommentar vorlegten, wie etwa *Bluntschli* und *Field,* zum Gründerkreis des Institut de Droit International zählten.[7]

---

[2] *F. Lieber,* Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, New York, 1863.

[3] *J. C. Bluntschli,* Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt, 3. Aufl., Nördlingen, 1878, Vorwort.

[4] *J. Internoscia,* New Code of International Law, 1910.

[5] *D. D. Field,* Draft outlines of an international code, New York, 1872.

[6] *P. Fiore,* Le droit international codifié et sa sanction juridique, 1911.

[7] Eine Auflistung der Gründungsmitglieder findet sich bei *P. Macalister-Smith,* Institut de Droit international, in: R. Wolfrum (Hg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012, Rn. 7.

Auch außerhalb von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis können Kommentare eine Rolle spielen. Ein Beispiel, das aus einer rechtskulturellen Perspektive vielleicht weniger ergiebig ist und dennoch große Auswirkungen auf die völkerrechtliche, politikwissenschaftliche und praktisch-philosophische Diskussion hatte, ist *Immanuel Kants* Schrift „Zum Ewigen Frieden". In der Form hat *Kant* dabei einen völkerrechtlichen Vertrag entworfen, diesen nach Präliminar- und Hauptartikeln strukturiert und mit einem erläuternden Kommentar versehen.[8] Damit fasste *Kant* seine praktisch-philosophischen Inhalte in ein Format, das auch heute noch als innovativ und kreativ gelten kann. Dies gilt umso mehr, als er sich deutlich von der völker- und naturrechtlichen Literatur seiner Zeit abhebt. Anders als andere Autoren, deren Werke durch ihre Gliederung in Thesen und Erläuterung zumindest kommentarähnlich strukturiert sind, richtet sich *Kant* der Form nach unmittelbar nach der Völkerrechtspraxis seiner Zeit, indem er seine Kernthesen zu Artikeln eines völkerrechtlichen Vertrags verdichtet und diese im Anschluss erläutert. Damit macht er Vertragsentwurf und Kommentar zu einer Stilform der praktischen Philosophie.

Anfang des 20. Jahrhunderts erschienen neben der Kommentierung von Entwürfen auch erste Kommentierungen bestehender Verträge. Dies ging einher mit einem Wandel des Gegenstands völkerrechtlicher Verträge: An die Stelle temporärer Friedensverträge zwischen Kriegsparteien traten Verträge, die die völkerrechtlichen Beziehungen zwischen Staaten dauerhaft und zuverlässig regeln sollten und dazu unter anderem internationale Organisationen und Schieds- und Streitbeilegungsverfahren errichteten.[9] Die Völkerrechtswissenschaft stand nun immer häufiger vor der Aufgabe, diese Verträge auszulegen und zu erläutern. Insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg nahm die Zahl der völkerrechtlichen Verträge stark zu; das Völkerrecht erschloss neue Gegenstandsbereiche und baute die Regulierung stark aus. Zu nennen sind dabei etwa das Weltwirtschaftsrecht und der Menschenrechtsschutz. Mit der wachsenden Verbreitung völkerrechtlicher Verträge stieg auch die Anzahl der Kommentierungen, welche im Folgenden qualitativ und quantitativ untersucht werden sollen.

---

[8] *I. Kant,* Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 2. Aufl., Königsberg, 1796.

[9] *B. Fassbender,* Die Völkerrechtssubjektivität Internationaler Organisationen, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1986, 17–49.

II. Analyse der Kommentare

1. Qualitative Aspekte

Herausgeber und Autoren entscheiden sich aktiv für Kommentare und wählen diese Gattung unter vielen anderen. Was aber sind ihre Gründe? Welche Funktionen und Vorteile messen sie Kommentaren zu? Zur Beantwortung nimmt dieser Beitrag Texte in den Blick, die sonst nur selten im Fokus rechtswissenschaftlicher Betrachtung stehen: Vorworte und Beigaben. An diese Texte werden meist keine hohen wissenschaftlichen Standards angelegt, gerade deswegen berichten viele Autoren offener über ihre Beweggründe und Intentionen. Aus dieser Perspektive werden Vorworte zu einer interessanten Quelle der Selbstauskunft von Herausgebern und Autoren. Dies betrifft zum einen die adressierte Zielgruppe.[10] Besonders oft werden dabei praktisch arbeitende Juristinnen und Juristen genannt,[11] so etwa „Rechtsanwender in Verwaltung, Justiz und Anwaltschaft".[12] Demgegenüber sind Kommentare für ein wissenschaftliches Publikum die Ausnahme.[13] Auch wenn Kommentare an Praktiker gerichtet sind, werden trotzdem wissenschaftliche Standards hervorgehoben, teilweise sogar eine bestimmte Neutralität.[14]

Bemerkenswert ist, dass einige Kommentare sowohl Laien als auch die breite Öffentlichkeit explizit in den Blick nehmen.[15] Diese Öffentlichkeitswirksamkeit wird auch zum Zweck oder zur Funktion von Kommentaren erhoben. Der ehemalige Generalsekretär der Vereinten Nationen, *Kofi Annan,* betont dies ausdrücklich und stellt es in den Kontext der Autorität der kommentierten UN-Charta, die sich eben auch aus der Anwendung ergebe.[16] Aus

---

[10] *U. Karpenstein/F. C. Mayer,* Vorwort zur 2. Aufl., in: dies. (Hg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, 2. Aufl., 2015, V; *L. M. Goodrich,* Preface to second Edition, in: ders. (Hg.), Charter of the United Nations, 3. Aufl., 1969, VII.

[11] *Karpenstein/Mayer,* Vorwort zur 2. Aufl. (Fn. 10), V.

[12] *J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. v. Raumer,* Vorwort zur 4. Auflage, in: dies. (Hg.), EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2017, 6.

[13] *R. Kolb,* Introduction, in: ders. (Hg.), Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations, 2015, 4. An ein gemischtes Publikum richten sich z.B. *O. Triffterer,* Editor's note to the Second Edition, in: ders. (Hg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl., 2008, V; *M. L. McConnell/D. Devlin/C. Doumbia-Henry,* Preface and Acknowledgements, in: *dies.,* The Maritime Labour Convention, 2006: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011.

[14] Besonders bekannt ist das rechtspositivistische Programm von *H. Kelsen,* The Law of the United Nations, 1964, das im Vorwort formuliert, aber im eigentlichen Kommentar nur noch eingeschränkt durchgehalten wurde. Eine weitere Betonung der Neutralität findet sich in *Goodrich,* Preface to second Edition (Fn. 10), VII.

[15] *L. M. Goodrich,* Preface to first Edition, in: ders., Charter of the UN (Fn. 10), VI.

[16] *K. A. Annan,* Preface a la troisieme Edition, in: J.-P. Cot/A. Pellet/M. Forteau (Hg.), La Charte des Nations Unies, 3. Aufl., 2005, V.

diesem Grund förderte das Auswärtige Amt auch die einflussreichen Kommentierungen der Völkerbundsatzung[17] und der UN-Charta[18]. Auch andere Autoren heben die positiven Effekte für die praktische Wirksamkeit des Rechts hervor.[19]

Wie *Kästle-Lamparter* herausgearbeitet hat, können Kommentaren ganz unterschiedliche Zwecke innewohnen.[20] In den Vorworten wird oft die Wissensorganisation im Hinblick auf die Vertragspraxis hervorgehoben, manchmal allgemein,[21] manchmal unter Verweis auf die Rechtsprechung.[22] Ein Kommentar zur Wiener Vertragsrechtskonvention bemerkt:

> „Such a commentary appears called for in view of the Convention's central importance, for international law, the abundance of State and court practice and literature on individual Convention provisions, and the exceptionally rich strata of *travaux préparatoires.* […]."[23]

Ein spezifischer Zweck von Kommentaren im Bereich von regionalen Menschenrechtsverträgen besteht darin, eine rechts- bzw. regimevergleichende Perspektive zu eröffnen. *Maurice Kamto,* der Herausgeber des Kommentars zur afrikanischen Menschenrechtscharta, arbeitet dabei insbesondere mit einem horizontalen Rechtsvergleich zwischen verschiedenen Regimen, um Entscheidungshilfen zu bieten.[24] Der Konkordanzkommentar vergleicht vertikal die Grund- und Menschenrechte des Grundgesetzes mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, mit dem Zweck, Vergleichbarkeit herzustellen.[25] Einem französischsprachigen Kommentar wird nicht nur die Wirkung beigemessen, in frankophonen Staaten das Wissen über die UN-Charta zugänglich zu machen, sondern auch umgekehrt das französische Völkerrechtsdenken in den Rest der Welt zu tragen.[26]

---

[17] Hierbei fiel die Herausgeberentscheidung in einer Kommission, der sowohl ein Vertreter des Auswärtigen Amtes wie auch ein Vertreter des Reichsjustizministeriums angehörten, *H. Wehberg,* Erinnerungen an Walther Schücking, Friedenswarte 1935, 223–234, 228.

[18] *B. Simma,* Preface to the first edition, in: ders. *et al.* (Hg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 3. Aufl., 2012, VIII.

[19] *A. Hay,* Foreword, in: Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (Hg.), Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, III.

[20] *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare, 2014, 311 ff.

[21] *Karpenstein/Mayer,* Vorwort zur 2. Aufl. (Fn. 10), V.

[22] *F. Reuschle,* Montrealer Übereinkommen, 2. Aufl., 2011, VII.

[23] *M. E. Villiger,* Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, XIX.

[24] *M. Kamto,* Avant-Propos, in: ders. (Hg.), La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, 2011, XVI.

[25] *O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn,* Vorwort, in: dies. (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., 2013, V.

[26] *J. Pérez de Cuéllar,* Preface a la premiere edition, in: Cot/Pellet/Forteau, La Charte des Nations Unies (Fn. 16).

Im Vergleich mit anderen juristischen Literaturgattungen besteht ein Spezifikum von Kommentaren zudem darin, dass sie granular bis auf die Ebene eines einzelnen Wortes erläutern können. Darauf Bezug nehmend schreibt ein Autor: „It contributes to making the law to be applied in specific cases more transparent and, thus, more humane.“[27] Als spezifische Eigenschaft von Kommentaren gilt zudem, dass sie einen Gesetzestext umfassend erläutern.[28] Dazu schreiben zwei Autoren:

„This book offers a complete study […], which includes an appraisal of their establishment, evolution and potential for the future; […] a comprehensive commentary on each provision; and a practical guide to their interpretation including implications they have for the implementation. […].“[29]

Dies wird zum einen dadurch erreicht, dass eine große Zahl von Autoren eingebunden wird, im Falle des Kommentars zum IGH-Statut 49.[30] Ein Herausgeber weist darauf hin, dass für ihn die Meinungsvielfalt verschiedener Autoren einen Vorteil bilde.[31] Im Falle der Kommentierung des UN-Seerechtsübereinkommens war die Kommentierung politisch so sensitiv, dass oft mehr als eine Person kommentieren musste und die Kommentierungen einen mehrstufigen Prozess durchliefen.[32]

2. *Quantitative Aspekte*

Aufgrund des mittlerweile angeschwollenen Corpus von Kommentaren im Völkerrecht lassen sich auch quantitative Aussagen über völkerrechtliche Kommentare treffen. Daher wurden alle Kommentare zusammengetragen, die in zwei Katalogen führender Bibliotheken mit spezifisch völkerrechtlicher Ausrichtung in deutscher, englischer und französischer Sprache vermerkt sind, nämlich im Katalog der Bibliothek des Friedenspalasts in Den Haag und im Katalog des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Das ergibt eine Gesamtzahl von 139 Kommentaren.[33] Die Kommentare wurden auf drei unterschiedliche Kriterien hin unter-

[27] *Triffterer,* Editor’s note (Fn. 13), V.

[28] *A. Reinisch,* Preface, in: ders./P. Bachmayer (Hg.), The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and Its Specialized Agencies. A Commentary, 2016, IV.

[29] *G. de Beco/R. Murray,* Foreword, in: dies. (Hg.), A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions, 2015, I.

[30] *C. J. Tams/A. Zimmermann,* Preface, in: A. Zimmermann/C. Tams (Hg.), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, 3. Aufl., 2019, VII.

[31] *L.-E. Pettiti/E. Decaux/P.-H. Imbert,* Avant-Propos, in: dies. (Hg.), La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article, 2. Aufl., 1999, VII.

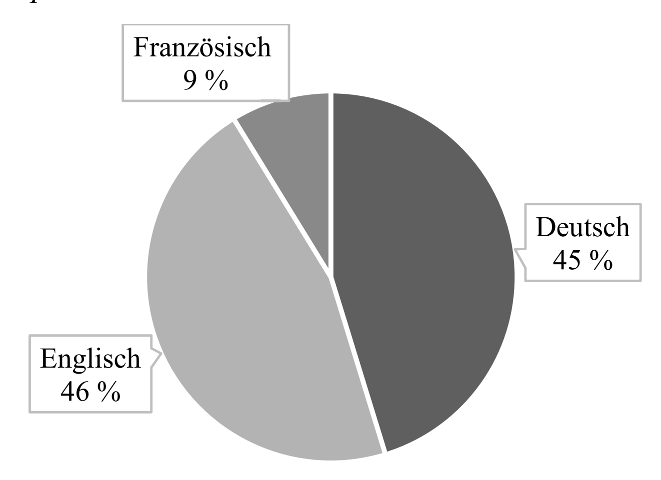
[32] *M. H. Nordquist,* Foreword, in: ders. (Hg.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Bd. 1, 1985, lxi f.

[33] Diese Kommentare sind im Anhang zu diesem Beitrag alphabetisch gelistet.

sucht: auf die Sprache, die Partizipationsmöglichkeit sowie die Völkerrechtsmaterie.

Was die Sprache der Kommentare angeht, ist vorauszuschicken, dass hier nur Kommentare in englischer, deutscher und französischer Sprache erfasst wurden. Dass es sich bei einer der Bibliotheksquellen um eine auf das Völkerrecht spezialisierte Bibliothek aus dem deutschsprachigen Raum handelt, mag zu einer gewissen Verzerrung zugunsten der deutschsprachigen Kommentare beigetragen haben. Es ergibt sich folgendes Ergebnis:

Abbildung 1: Sprache



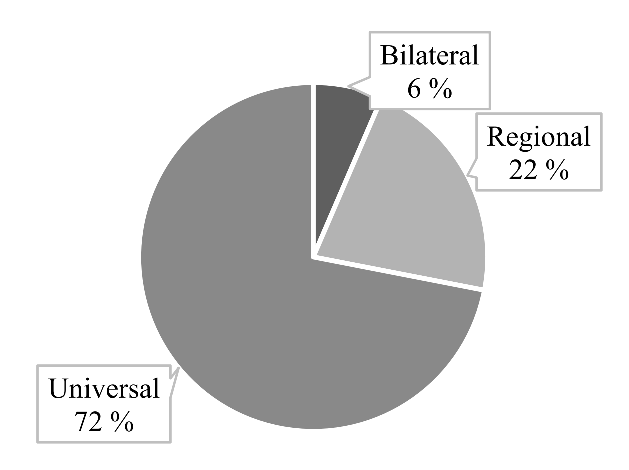
Hierbei fällt auf, dass deutschsprachige und englischsprachige Kommentare im nahezu gleichen Maße repräsentiert sind, während französischsprachige Kommentare daneben klar unterrepräsentiert sind. Oft stammen die Herausgeber, Autoren oder aber auch beide Gruppen aus dem deutschsprachigen Raum und schreiben dennoch auf Englisch. Am deutlichsten zeigt sich dies vielleicht bei der Kommentierung der UN-Charta, die zuerst ausschließlich und in der nächsten Auflage beinahe ausschließlich von Autorinnen und Autoren aus dem deutschsprachigen Raum bearbeitet wurde.[34]

Unter der Partizipationsmöglichkeit ist die Möglichkeit für Staaten zu verstehen, Partei eines Vertrags zu werden. Diese Partizipationsmöglichkeit kann im Vertrag selbst festgelegt werden. Herkömmlicherweise unterscheidet man dabei bilaterale Verträge, die zwischen zwei Parteien abgeschlossen werden, multilaterale Verträge, die zwischen einem begrenzten Kreis von mehr als zwei Parteien geschlossen werden, und universale Verträge, die allen Staaten offenstehen. Blickt man auf die Kommentierungen des Corpus an Verträgen, ergibt sich dabei folgendes Bild:

---

[34] *Simma et al.,* Charter of the UN (Fn. 18).

Abbildung 2: Partizipationsmöglichkeit



Über zwei Drittel aller Kommentare beziehen sich also auf völkerrechtliche Verträge, die allen Staaten zur Ratifikation offenstehen. Während die Kommentierung bilateraler Verträge eher die Ausnahme darstellt – hier sind besonders Doppelbesteuerungsabkommen relevant –, ist beinahe ein Viertel aller Verträge regional, wobei Menschenrechtsverträge hier den größten Teil ausmachen. Aus der qualitativen Analyse der Vorworte lässt sich schließen, dass Kommentaren eine besondere Praxisrelevanz beigemessen wird. Wendet man diese Hypothese auf die zahlenmäßige Verteilung der Kommentare an, lässt sich schlussfolgern, dass sich die Praxisrelevanz mit zunehmender Partizipation steigert. Eine andere Erklärung für die Verteilung könnte aber auch darin bestehen, dass die Nachfrage nach einem Buch mit der Zahl der potenziell beteiligten Vertragsparteien steigt.

Die Materie bezeichnet den Teilbereich des Völkerrechts, zu dem der jeweilige Vertrag gehört. Nach Analyse aller Kommentare ergibt sich dabei folgende Verteilung:

Abbildung 3: Materie

Materie	Anzahl	Anteil
Menschenrechte	36	26%
Wirtschaftsrecht	25	18%
Prozessrecht	12	9%
Humanitäres Völkerrecht und Rüstungskontrolle	12	9%
World Order Treaty	12	9%
Sonstiges	12	9%
Allgemeines Völkerrecht	9	6%
Steuerrecht	8	6%
Strafrecht	5	4%

Materie	Anzahl	Anteil
Flüchtlingsrecht	3	2%
Seerecht	3	2%
Klimaabkommen	2	1%
Gesamtergebnis	139	100%

Der meistkommentierte Bereich des Völkerrechts sind die Menschenrechte. Sie machen knapp über ein Viertel aller Kommentare aus und stehen eindeutig an der Spitze. Fast ein Fünftel der Kommentare ist dem Weltwirtschaftsrecht zuzurechnen, das im Wesentlichen das Welthandelsrecht und das Investitionsschutzrecht umfasst.

Diese Ergebnisse dürften einen Hinweis auf die Praxisrelevanz eines Gebietes geben. Praxisrelevanz meint hierbei insbesondere die konkrete Anwendung in der Rechtspraxis und im Kontext der Streitbeilegung. Beeinflusst wird dieses Ergebnis sicher auch durch die Frage, ob es einen Streitbeilegungsmechanismus gibt. So wurden prozessrechtliche Instrumente im Völkerrecht im Prinzip durchgehend kommentiert. Das Kriterium der Praxisrelevanz erklärt wohl auch, warum im Bereich des internationalen Steuerrechts relativ viele Kommentare existieren, obwohl diese Materie im völkerrechtlichen Diskurs nicht im Zentrum steht und zum Beispiel in vielen völkerrechtlichen Lehrbüchern keine Erwähnung findet. Die Häufigkeit der Kommentierung wird sicher auch durch die Anzahl der Verträge in einem Bereich beeinflusst.

III. Besonderheiten

Aufbauend auf dieser Analyse werden im Folgenden einige Besonderheiten völkerrechtlicher Kommentare herausgestellt.

1. Kommentierte Texte

Das Völkerrecht hat eine eigene Rechtsquellenlehre,[35] die grundsätzlich in Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs gespiegelt wird. Diese Norm reflektiert die Quellen und ist Referenzpunkt, regelt sie aber nicht explizit. Sogenannte formale Rechtsquellen sind völkerrechtliche Verträge, das Völkergewohnheitsrecht und die in allen Rechtskreisen anerkannten Rechtsgrundsätze. Daneben sind als materielle Rechtsquellen auch richterliche Entscheidungen und die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen anerkannt, wobei sich diese als materielle Quellen auf eine formale Quelle beziehen müssen. Eine richterliche Entscheidung kann also

[35] *M. Sørensen,* Les sources du droit international, 1946.

nicht aus sich heraus als Völkerrecht gelten, aber aus ihr kann entnommen werden, was als Völkergewohnheitsrecht angesehen werden kann.

Wie sich bereits aus der quantitativen Analyse ergibt, ist die am häufigsten kommentierte Textgattung im Völkerrecht die des völkerrechtlichen Vertrags. In der Rechtsquellenlehre des Völkerrechts ist sie auch die einzige, die ihrer Definition nach verschriftlicht sein muss, wie sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. a der Wiener Vertragsrechtskonvention ergibt. Eine Kommentierung des Gewohnheitsrechts findet daneben insbesondere im Kontext von gescheiterten Kodifikations- und Entwicklungsbemühungen statt. Wird das Völkergewohnheitsrecht verschriftlicht, aber nicht in einen Vertrag überführt, kann es zur Kommentierung von Gewohnheitsrecht kommen. Ein besonderer Fall in dieser Hinsicht ist das Recht der Staatenverantwortlichkeit. Dabei handelt es sich um Grundregeln von Zurechenbarkeit und Rechtsfolgen von Völkerrechtsverstößen. Nach jahrzehntelangen Kodifikationsbemühungen[36] im Rahmen der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen und der Generalversammlung[37] wurde das finale Ergebnis der Kommissionsarbeit von der Generalversammlung zur Kenntnis genommen, ohne dass auf dieser Grundlage ein weiterer völkerrechtlicher Vertrag angestrebt wurde. Bemerkenswert ist dabei, dass die Generalversammlung sowohl den Entwurf als auch die Kommentierung annahm, sodass beide nun den Stand des Völkergewohnheitsrechts zum Ausdruck bringen.[38]

Obgleich auch die Lehrmeinungen bedeutender Völkerrechtler als materielle Rechtsquellen gelten, wurden die großen völkerrechtlichen Lehrbücher zwar immer wieder übersetzt und weitergeführt, aber zumeist nicht kommentiert; das Werk von *Hugo Grotius* bildet insoweit eine Ausnahme.[39]

2. Kommentatoren des Völkerrechts

Eine weitere Besonderheit des Völkerrechts besteht darin, dass es einem Kommentar unterschiedliche Formen der Autorität zukommen lassen kann. Dies reicht von unverbindlichen akademischen Meinungsbekundungen bis hin zu rechtsverbindlichen Entscheidungen bestimmter Auslegungsfragen.

---

[36] Diese liefen von 1956 bis 2001; siehe *J. Crawford,* State responsibility, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Fn. 7), Rn. 6–15.

[37] Resolution der Generalversammlung 56/83 vom 12. Dezember 2001. Seither wird das Thema immer wieder in der Generalversammlung behandelt. Seit der Resolution 62/61 vom 6. Dezember 2007 wird auch eine Kodifikation der Regeln in einem völkerrechtlichen Vertrag erneut diskutiert.

[38] Veröffentlicht u. a. unter *J. Crawford,* State responsibility, 2013.

[39] *H. Grotius/J. Barbeyrac,* Le droit de la guerre et de la paix, par Hugues Grotius, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1724. Für die im 17. und 18. Jh. verbreitete Kommentierung der Werke von Grotius, aber auch Pufendorf siehe die umfangreichen Nachweise bei *N. Jansen,* Methoden, Institutionen, Texte, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 45 f. Fn. 201 f.

Eine Zwischenstellung nehmen insofern die „Lehrmeinung[en] der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“ ein, die, wie oben bereits erwähnt, gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut „als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen“ herangezogen werden können. Diese Bedeutung der besagten Lehrmeinungen trifft häufig auf Kommentare zu, die von führenden Völkerrechtlerinnen und Völkerrechtlern herausgegeben und von den jeweiligen Bereichsexperten bearbeitet werden.

Auch Organe internationaler Organisationen können dazu übergehen, die Vorschriften ihres Gründungsdokuments zu kommentieren. Dabei kann ihnen mehr oder weniger Autorität beigemessen werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) veröffentlicht mittlerweile Kommentierungen einzelner Vorschriften, die durch den „Jurisconsult“ erstellt werden, welcher wiederum laut Regel 188 der Prozessordnung über die Einheitlichkeit der Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) wachen soll. Auf jeder Kommentierung ist dabei vermerkt, dass die Texte für den EGMR nicht bindend sind.[40] Im internationalen Menschenrechtsschutz wird den vertragsüberwachenden Organen oft explizit die Kompetenz übertragen, generelle Kommentare (*general comments*) bzw. generelle Empfehlungen (*general recommendations*) an die Vertragsparteien zu verfassen.[41] So formuliert der Internationale Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte in Art. 40 wie folgt:

> „(4) Der Ausschuss prüft die von den Vertragsstaaten eingereichten Berichte. Er übersendet den Vertragsstaaten seine eigenen Berichte sowie ihm geeignet erscheinende allgemeine Bemerkungen. Der Ausschuss kann diese Bemerkungen zusammen mit Abschriften der von den Vertragsstaaten empfangenen Berichte auch dem Wirtschafts- und Sozialrat zuleiten.“

Ein Teil der Überprüfung und Durchsetzung des internationalen Menschenrechtsschutzes basiert auf staatlichen Berichten zur Menschenrechtslage, die dann von einem Organ geprüft und mit Bemerkungen versehen werden. Dabei können die menschenrechtlichen Organe Bemerkungen machen, die alle Vertragsparteien betreffen. Dabei behandeln sie auch Auslegungsprobleme. Wenn *general comments* und *general recommendations* in Präsentation und Duktus zwar nicht in jeder Hinsicht akademischen Kommentierungen entsprechen, so erläutern sie doch jedenfalls Vorschriften auf eine systematische Art und Weise. Sie betrachten einzelne Normen und erschließen diese. Ihre Besonderheit besteht allerdings darin, dass sie als verbindliche Auslegungen der Verträge gelten.

---

[40] Die genaue Formulierung lautet: „This Guide has been prepared under the authority of the Jurisconsult and does not bind the Court“; siehe *European Court of Human Rights,* Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, 2019, 2.

[41] Siehe dazu *C. Tomuschat,* Human Rights, 3. Aufl., 2014, 223 ff.; *N. Ando,* General Comments/Recommendations, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Fn. 7).

Indirekt verbindlich sind die Kommentare der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) zu ihren Modellabkommen zur Doppelbesteuerung.[42] In diesem Abkommen erstellte die OECD ein Vertragsmodell, das Staaten übernehmen können, um auf dieser Grundlage Doppelbesteuerungsabkommen abzuschließen. Werden diese Abkommen oder Teile davon ohne Modifikation übernommen, so finden die Kommentare der OECD jedenfalls gemäß Art. 31 Abs. 1 und 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention Eingang in die Vertragsauslegung, weil sie zum Kontext des Vertrags bei dessen Abschluss gehören. Auch in diesem Fall kommt den Kommentaren eine besondere Autorität zu.

3. *Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen*

In der heutigen völkerrechtlichen Kommentarpraxis spielt die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (International Law Commission, ILC) eine wichtige Rolle. Dabei bildet die ILC eine Unterorganisation der Generalversammlung, der 34 herausragende Experten des Völkerrechts angehören. Ihre Aufgabe besteht laut Art. 13 UN-Charta und ILC-Statut in der Kodifikation und progressiven Entwicklung des Völkerrechts. Im Wesentlichen leistet sie dies dadurch, dass sie Entwürfe für völkerrechtliche Verträge erarbeitet. Für den Zusammenhang dieses Beitrags bedeutend ist, dass die ILC aufgrund von Art. 20 ILC-Statut dabei ausdrücklich gehalten ist, ihre Entwürfe mit einem Kommentar zu versehen:

„Article 20
The Commission shall prepare its drafts in the form of articles and shall submit them to the General Assembly together with a commentary containing:

(a) Adequate presentation of precedents and other relevant data, including treaties, judicial decisions and doctrine;

(b) Conclusions defining:

(i) The extent of agreement on each point in the practice of States and in doctrine;

(ii) Divergencies and disagreements which exist, as well as arguments invoked in favour of one or another solution."

Art. 20 des ILC-Statuts begnügt sich nicht nur mit der Forderung nach der Kommentierung der Vertragsentwürfe, er formuliert auch aus, wie diese Kommentierung zu erfolgen hat. Art. 20 Abs. (a) ILC-Statut verlangt eine Einbeziehung aller völkerrechtlichen Rechtsquellen zu dem Thema. Art. 20 Abs. (b) fordert eine detaillierte Analyse des juristischen Meinungsstands. Daraus wird deutlich, dass der Kommentar als Entscheidungsgrundlage dienen soll. Denn nach dem Verfahren der ILC werden die Entwürfe im Austausch mit dem Sechsten Ausschuss der Generalversammlung überarbeitet. Die Generalversammlung der Vereinten Nationen reagiert dann auf die Ent-

[42] *OECD,* OECD model tax convention on income and on capital, 8. Aufl., 2010.

würfe. Wenn die Staatengemeinschaft die Entwürfe annimmt, werden diese zum Gegenstand und Ausgangspunkt von Vertragsverhandlungen. Wie dies in der Praxis laufen kann, soll am Beispiel des völkerrechtlichen Vertragsrechts zwischen Staaten aufgezeigt werden.[43]

Das Vertragsrecht zwischen den Staaten stand bereits in der Vorgängerorganisation – dem Völkerbund – auf der Kodifikationsagenda. Mit der Einrichtung der ILC wurde *James Brierly* zum Berichterstatter für das Thema völkerrechtliche Verträge ernannt. Sein Entwurf wurde allerdings nie in der Kommission diskutiert. Ebenso erging es zwei weiteren Berichterstattern. Erst ein Entwurf von *Humphrey Waldock* wurde von der Kommission erörtert.[44] Es lässt sich sehr gut nachverfolgen, wie er sowohl den Vertragsentwurf als auch den Kommentar immer wieder anpasste, nachdem der Vertragsentwurf sowohl in der Kommission als auch im Sechsten Ausschuss diskutiert worden war.[45] Die Diskussion bezog sich dabei nicht nur auf den Entwurf selbst, sondern auch auf die Kommentierungen. So einigte sich die Kommission auf einen finalen Entwurf, der von der Generalversammlung angenommen wurde. Auf dieser Grundlage wurde eine Konferenz in Wien organisiert, auf der Staaten über einen solchen Vertrag verhandelten. Der vormalige Berichterstatter der ILC, *Humphrey Waldock,* war dabei als Experte geladen und durfte den Entwurf mehrfach erläutern und Diskussionen kommentieren. Auf dieser Grundlage einigte man sich auf die Wiener Vertragsrechtskonvention, die heute einen hohen Stand von Ratifikationen erreicht hat.

An den Diskussionen lässt sich sehr gut nachverfolgen, wie ein Vertragsentwurf mit Kommentierung zukünftige Verhandlungen erleichtern kann. Der Einfluss der Kommentierung der Entwürfe zum Völkervertragsrecht hat aber weitere Konsequenzen gezeitigt. So wurde die finale Kommentierung einige Male in der Rechtsprechung zitiert, so etwa vom Internationalen Gerichtshof.[46] Ferner sind auch bestimmte Wendungen als Topoi in die völkerrechtswissenschaftliche Debatte eingegangen, wie etwa der Begriff *crucible approach* im Kontext der völkerrechtlichen Auslegung,[47] der etwa mit Schmelz-

---

[43] Ein Überblick mit weiteren Hinweisen findet sich bei *R. Gardiner,* Treaty interpretation, 2. Aufl., 2015, 75 ff.

[44] *H. Waldock,* Third Report on the Law of Treaties, Yearbook of the International Law Commission 1964/II, 6–65.

[45] *C. Djeffal,* Establishing the Argumentative DNA of International Law, Transnational Legal Theory 2014, 128–157, 146 ff.

[46] *H. Waldock,* Sixth Report on the Law of Treaties, Yearbook of the International Law Commission 1966/II, 51–103.

[47] *M. E. Villiger,* The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission, in: E. Cannizzaro (Hg.), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, 2011, 105–122; *M. Waibel,* Demystifying the Art of Interpretation, European Journal of International Law 2011, 571–588.

tiegel oder Schmelztopf übersetzt werden kann. Dieser Begriff bildet eine Metapher für den generellen Ansatz der Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention, verschiedene Auslegungstechniken auf gleicher Ebene zu betrachten und miteinander in Beziehung zu setzen.

Ein neuer Trend in der Völkerrechtskommission geht dahin, sich nicht mit der Kodifikation von Völkergewohnheitsrecht zu beschäftigen, sondern bereits kodifizierte Vertragswerke nach Ablauf einer gewissen Zeit zu untersuchen. Dazu zählen etwa die „Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries".[48] Diese beschäftigen sich mit zwei speziellen Auslegungstechniken des Völkerrechts, nämlich nachfolgenden Vereinbarungen und der nachfolgenden Vertragspraxis, wie sie in Art. 31 Abs. 3 lit. a und b der Wiener Vertragsrechtskonvention niedergelegt sind. Nach umfassender Behandlung durch den Sonderberichterstatter *Georg Nolte* einigte sich die Kommission auf 13 Schlussfolgerungen (*conclusions*), die sie jeweils kommentierte. Im Falle des Projekts über Vorbehalte zu völkerrechtlichen Verträgen erstellte die Kommission unter Leitung des Berichterstatters *Alain Pellet* einen „Guide to Practice on Reservations to Treaties, including the guidelines and a detailed commentary thereto".[49] Beide Projekte verfolgen nicht das Ziel einer Kodifikation in Form eines völkerrechtlichen Kommentars. Man kann die Ergebnisse als eine Form der *Rekommentierung* lesen, in welcher bestimmte Teile eines völkerrechtlichen Vertragsrechts erneut untersucht werden. Dabei wird nicht etwa der ursprüngliche Kommentar erneuert oder ersetzt, sondern in Form von Regeln weiter ausformuliert. Diese zu Regeln verdichtete Kommentierung wird wiederum zum Gegenstand eines Kommentars. Im Duktus ähnelt diese Kommentierung den Entwürfen des ausgehenden 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Für die Völkerrechtskommission könnte sich in der Zukunft in solchen Projekten ein neues Aufgabenfeld erschließen: Kodifikation und progressive Entwicklung durch *Rekommentierung* völkerrechtlicher Verträge, die diese teilweise weiterentwickelt.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen eine zentrale Rolle bei Kodifikation und progressiver Entwicklung des Völkerrechts einnimmt. Zudem wird deutlich, dass die Kommission diese Rolle regelmäßig auch durch die Abfassung von Kommentaren

---

[48] *ILC,* Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries adopted by the International Law Commission at its seventieth session in 2018 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/73/10), online: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_11_2018.pdf>; zur Veröffentlichung vorgesehen in: Yearbook of the ILC 2018, Bd. 2, Part Two.

[49] *ILC,* Guide to Reservations to Treaties, in: Report of the International Law Commission on the Work of its 63rd Session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011), UN Doc A/66/10/Add. 1.

ausgefüllt hat, die autoritative und wichtige Referenzpunkte im Völkerrecht geworden sind. Bereits das begründet die besondere Bedeutung des Kommentars im Völkerrecht.

IV. Reflexionen

1. Zeitlichkeit

Da völkerrechtliche Verträge oft über längere Zeit gelten, weil sie sich nur schwer ändern lassen, und da Kommentierungen im Völkerrecht eine hervorragende Rolle haben, lässt sich am Beispiel des Völkerrechts einiges über die Zeitlichkeit von Kommentaren lernen. Als juristische Gebrauchsliteratur ist der Kommentar grundsätzlich ein Medium der Gleichzeitigkeit: Wo sich das Recht dynamisch entwickelt, müssen Kommentare immer wieder neu geschrieben und auf den neusten Stand gebracht werden, damit der Rechtsanwender seine Entscheidungen informiert fällen kann. Der Kommentar muss dann möglichst mit Änderungen der Rechtslage Schritt halten.

Neben dieser Gleichzeitigkeit kann eine Kommentierung im Völkerrecht allerdings auch andere Dimensionen haben; Kommentare können stärker prospektiv und retrospektiv ausgerichtet sein. Die prospektive Dimension von Kommentaren offenbart sich in solchen Vertragsentwürfen, die rechtlich in die Zukunft weisen und nicht selten progressive Entwicklungen ins Spiel bringen. Dazu lassen sich die vielen Entwürfe der ILC zählen, aber auch Entwürfe aus der Wissenschaft wie etwa der Entwurf eines Menschrechtsvertrags von *Hersch Lauterpacht*[50] oder *Immanuel Kants* Friedensschrift.[51] Sie sind in die Zukunft gerichtet. Auch wenn solche Entwürfe in die Zukunft weisen, so gibt es möglicherweise dennoch eine Tendenz, dass Kommentare stärker einen gewissen Zustand als eine Entwicklung betonen, weil im Kommentar eine kleinteilige, punktuelle Herangehensweise an einen Rechtstext naheliegt, der Kommentar sich also regelmäßig auf einzelne Worte und sogar Buchstaben bezieht. Dieser Befund spiegelt sich auch in der Beobachtung wider, dass Kommentare eine geringe Halbwertszeit haben. Referenzen auf ältere Kommentare sind – abgesehen von Kommentaren der ILC – eine Seltenheit. Eine Sonderstellung nimmt insofern ein rechtshistorisches Projekt ein, bei dem im Jahr 2015 ein Kommentar zur Völkerbundsatzung veröffentlicht wurde.[52] Hierbei handelt es sich um die Kommentierung eines Vertrags, der bis auf geringfügige Ausnahmen bereits außer Kraft getreten ist und durch die UN-Charta ersetzt wurde.

---

[50] *H. Lauterpacht,* An International Bill of the Rights of Man, 1945.

[51] *Kant,* Zum Ewigen Frieden (Fn. 8).

[52] *R. Kolb* (Hg.), Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations, 2015.

2. Kommentarkultur

Ist die juristische Literaturform des Kommentars einer bestimmten nationalen Rechtskultur oder einem individuellen Rechtssystem verhaftet? Könnte man etwa sagen, Kommentare seien ein Geschenk der deutschen Völkerrechtslehre und -praxis an das Völkerrecht? In dieser Frage spiegeln sich Diskurse wider, die im Völkerrecht immer wieder auftauchen, wie etwa in der Debatte um den Monismus oder den Dualismus des Völkerrechts, also der Frage, ob das Völkerrecht oder das Landesrecht an der Spitze einer Rechtsordnung steht. Diese Frage lässt sich auch auf die Publikations- und Wissenschaftskultur projizieren, auch auf das Völkerrecht selbst. So impliziert der Forschungsansatz eines vergleichenden Völkerrechts die Frage, ob das Internationale Recht international sei. Das vergleichende Völkerrecht nimmt eine pluralistische Perspektive ein, die Differenzen im Verständnis und in der Konstruktion des Völkerrechts betont.[53] Es setzt sich damit ausdrücklich von der Idee eines *invisible college of international lawyers*[54] und noch weitreichenderen Konzepten einer internationalen Gemeinschaft[55] ab. Wenn eine tiefere Auseinandersetzung mit dieser Frage auch einer eigenen Publikation vorbehalten bleiben muss, so lässt sich dennoch folgendes Argument entwickeln: Wenn es zutrifft, dass der wesentliche Unterschied zwischen unitaristischen und pluralistischen Theorien bereits in ihren Grundannahmen liegt, seien diese normativer oder epistemologischer Natur, dann lässt sich das Völkerrecht nicht durch eine Auswahl zwischen diesen Theorien erfassen. Denn wenn man das Völkerrecht als Vielheit bzw. Einheit verstehen soll oder muss, dann ergeben sich die Folgen nicht aus der Natur des Völkerrechts, sondern aus der Perspektive, die man dazu einnimmt. Das bedeutet, dass in einem solchen Diskurs beide Perspektiven sich nicht ausschließen, sondern eigentlich notwendig ergänzen müssen. Denn am Ende ranken sich beide Sichtweisen wie Narrative von verschiedenen Seiten um denselben Gegenstand.[56]

Man kann also durchaus argumentieren, dass Völkerrechtskommentare eine Literaturform bilden, die besonders auf die deutsche Völkerrechtslehre zurückgeht. Wie oben gezeigt, sind 45 % der Kommentare sogar deutschsprachig; zudem haben zahlreiche deutschsprachige Autoren auch Kommentare in englischer Sprache herausgegeben. Vor diesem Hintergrund lässt sich leicht ein Bezug zur deutschsprachigen Rechtswissenschaft herstellen, die sehr stark auf Kommentaren als Literaturform basiert. Der umfassende Kommentar der

[53] *A. Roberts,* Comparative International Law?, International and Comparative Law Quarterly 2011, 57–92.

[54] *O. Schachter,* The Invisible College of International Lawyers, Northwestern University LR 72 (1977–1978), 217–226.

[55] Siehe dazu *A. Paulus,* Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001.

[56] *C. Djeffal,* Argumentative DNA of International Law (Fn. 45), 146 ff.

Völkerbundsatzung und der bereits in dritter Auflage erschienene Kommentar der Charta der Vereinten Nationen sprechen insoweit eine eigene Sprache.

Dem könnte man allerdings entgegnen, dass die eigentliche Frage lauten müsste, ob Völkerrechtswissenschaft und Völkerrechtspraxis den Kommentar als Literaturform akzeptiert haben. Denn ein Einfluss auf das Völkerrecht setzt auch die aktive Aneignung voraus. Auch würde eine einseitige Betonung des deutschen Beitrags zu völkerrechtlichen Kommentierungen unterschätzen, dass die Kommentartradition im Völkerrecht in der Kodifikationsbewegung durch eine internationale Gruppe begründet wurde. Zudem ist der Kommentar eine Literaturform, die in Wissenschaft und Praxis Kooperation und gemeinschaftliche Befassung mit Rechtsnormen ermöglicht. Mittlerweile arbeiten große internationale Teams an Kommentaren. Nicht zuletzt bezieht sich der Impuls der deutschen Tradition nur auf retrospektive Kommentare zur Erläuterung einer Vorschrift. Kommentare sind im Völkerrecht allerdings gerade dort wichtig, wo völkerrechtliche Verträge entworfen werden. Diese kollektive Befassung hat ihre Wurzeln in international angelegten Projekten wie dem Institut de Droit International; ihre Relevanz wird durch internationale Organisationen vermittelt, insbesondere durch die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen. Hier wird der Kommentar zu einem Spezifikum des Völkerrechts.

3. Digitalisierung

Die Popularität von Gesetzeskommentaren steigerte sich weder national noch international in einem Vakuum. Ermöglicht und befördert wurde sie insbesondere durch technische und organisatorische Voraussetzungen. Durch die stetige Steigerung der Effizienz des Buchdrucks, die nicht zuletzt zu sinkenden Produktionskosten führte und infolge eines zunehmend internationalen Vertriebs, ist es heute möglich, völkerrechtliche Literatur auf der ganzen Welt anzubieten. Mit der Zahl völkerrechtlicher Verträge und gerichtlicher und außergerichtlicher Praxis steigt auch die Zahl der Kommentare. Auf dieser Grundlage konnte die Literaturform der Gesetzeskommentare, wie sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts geprägt wurde, florieren.[57] Ein Grund dafür mag auch gewesen sein, dass durch die steigende Zahl an Publikationen ein gesteigertes Bedürfnis bestand, das umfangreiche Wissen und die verschiedenen Ansichten zu sortieren und zu organisieren.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, was die Digitalisierung für das Kommentarwesen bedeutet. Denn digitale Formate, gepaart mit einer zunehmenden Entwicklung hin zu offenem Zugang zu Wissen, lassen die Menge der zu verarbeitenden Informationen weiter anschwellen. Da auch völkerrechtliche Organisationen und Regierungen immer mehr Völkerrechtspraxis frei im

---

[57] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 21), 224 ff.

Internet verfügbar machen, steigt der Druck, diese Informationen zu konsolidieren. Das könnte ähnlich wie zu Beginn des 20. Jahrhunderts sehr gute Voraussetzungen für Kommentare bedeuten, deren Funktion ja auch in der Selektion und der Aufbereitung von Wissen liegt. Anders als im 20. Jahrhundert bietet die Digitalisierung allerdings auch ganz neue Möglichkeiten, Kommentare zu gestalten. Insbesondere Trends, die unter dem Schlagwort künstliche Intelligenz zusammengefasst werden, wie etwa *data mining,* Suchmaschinentechnologien und *natural language processing* könnten die Art und Weise, wie juristisches Wissen organisiert und präsentiert wird, stark verändern. Verlage sind auf diesem Feld bereits tätig geworden; sie beschränken sich aber bisher zumeist darauf, geschriebene Kommentare digital abzubilden. Einen Schritt weiter geht hier bereits die Rechtsberatungspraxis, die unter dem Schlagwort „legal tech" digitale Innovationen ermöglichen will.[58] Ist dieser Befund richtig, kann es sein, dass es in den kommenden Jahrzehnten zu grundlegenden Innovationen im Bereich juristischer Literaturformen kommen wird. Dies kann sowohl in die Erfindung völlig neuer Formate wie auch in die Weiterentwicklung bestehender Literaturformen münden. Während die Rechtswissenschaft die Zukunft juristischer Publikationsformen bisher selten sichtbar zu ihrem Gegenstand gemacht hat, könnte man – ganz ähnlich wie die Proponenten der Kodifikationsbewegung – dazu übergehen, durch neue juristische Publikationsformen auch juristische Inhalte auf eine ganz neue Art und Weise zu denken und auszudrücken.[59] In einem solchen Szenario werden zukünftige Generationen auf unsere heutige Kommentierpraxis zurückschauen, wie wir auf die Kommentatoren und Glossatoren blicken.

Anhang

Kommentare, die der quantitativen Analyse zugrunde liegen

Aden, M. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC, DIS, Wiener Regeln, UNCITRAL, LCIA, 2. Aufl., 2003.

Alfredsson, G./Eide, A., The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement, 1999.

Arnesen, F. et al. (Hg.), Agreement on the European Economic Area, 2018.

von Auer, P., Das Pariser Völkerbundabkommen, 1920.

Bantekas, I./Stein, M. A./Anastasiou, D. (Hg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2018.

Bappert, W./Wagner, E. (Hg.), Internationales Urheberrecht, 1956.

[58] *M. Hartung/M.-M. Bues/G. Halbleib,* Legal Tech, 2018.

[59] *C. Djeffal,* Commentaries on the Law of Treaties, European Journal of International Law 2013, 1223–1238, 1236 ff.

de Beco, G./Murray, R. (Hg.), A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions, 2015.

Beier, F.-K. et al. (Hg.), Europäisches Patentübereinkommen, 30. Ergänzungslieferung, 2014.

Bluntschli, J. C., Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt, 3. Aufl., Nördlingen, 1878.

Boisson de Chazournes, L. et al. (Hg.), The UN Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, 2018.

Bruck, E., Die Behandlung der Versicherungs-Verträge im Friedensvertrag zu Versailles, 1920.

Busche, J./Stoll, P.-T./Wiebe, A. (Hg.), TRIPs: internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, 2. Aufl., 2013.

Caron, D. D./Caplan, L. M. (Hg.), The UNCITRAL arbitration rules, 2. Aufl., 2013.

Maslen, S. (Hg.), Commentaries on Arms Control Treaties Bd. 1, 2. Aufl., 2005.

Casey-Maslen, S., The treaty on the prohibition of nuclear weapons, 2019.

Casey-Maslen, S. et al. (Hg.), The Arms Trade Treaty, 2016.

Chandrasekhara Rao, P./Gautier, P., The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea, 2006.

Clapham, A./Gaeta, P./Sassòli, M. (Hg.), The 1949 Geneva Conventions, 2015.

C. M. Correa, Trade related aspects of intellectual property rights: A commentary on the TRIPS agreement, 2017.

Corten, O./Klein, P. (Hg.), Les conventions de Vienne sur le droit des traités, 2006.

Corten, O./Klein, P. (Hg.), The Vienna Conventions on the law of treaties, 2011.

Cot, J.-P./Pellet, A./Forteau, M. (Hg.), La Charte des Nations Unies, 3. Aufl., 2005.

Decaux, E. (Hg.), Le pacte international relatif aux droits civils et politiques, 2011.

Decaux, E. /de Schutter, O. (Hg.), Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 2019.

Denza, E., Diplomatic law, 4. Aufl., 2016.

Distefano, G./Gaggioli, G./Hêche, A. (Hg.), La convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités, 2016.

Dörmann, K. et al. (Hg.), Commentary on the Second Geneva Convention, 2017.

Dörr, O./Grote, R./Marauhn, T. (Hg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., 2013.

Dörr, O./Schmalenbach, K. (Hg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl., 2018.

Ebenroth, C. T./Karl, J. (Hg.), Die multilaterale Investitionsgarantie-Agentur, 1989.

Eckardt, P./Kuttig, E. (Hg.), Das internationale Arbeitsrecht im Friedensvertrage, 2. Aufl., 1920.

Eger, G. (Hg.), Das internationale Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr, 3. Aufl., 1909.

Europarat, Explanatory report on the Convention on insider trading and its protocol, 1989.

Field, D. D., Draft Outlines of an International Code, New York, 1872.

Fischer, F., Rheinischer Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2015.

Francioni, F. (Hg.), The 1972 World Heritage Convention, 2008.

Friedrich, F. M., Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschlichtung, 2006.

Furler, H. (Hg.), Das internationale Musterrecht, 1951.

Gaeta, P. (Hg.), The UN Genocide Convention, 2009.
Glöckner, H., Leitfaden zur CMR: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr, begründet von W. Muth 7. Aufl., 1991.
Goldbaum, W., Welturheberrechtsabkommen, 1956.
Gollwitzer, W., Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR, 2005.
Goodrich, L. M. (Hg.), Charter of the United Nations, 3. Aufl., 1969.
Grabenwarter, C., European Convention on Human Rights: Commentary, 2014.
Gröhs, B. et al., Kurzkommentar zum neuen Doppelbesteuerungsabkommen Österreich-USA, 1997.
Grotius, H./Barbeyrac, J., Le droit de la guerre et la paix, par Hugues Grotius, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1724.
Grützner, H. et al. (Hg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblattwerk, 48. Aktualisierung, Dezember 2019.
Guldimann, W., Internationales Lufttransportrecht, 1965.
Guradze, H., Die Europäische Menschenrechtskonvention, 1968.
Gurski, H., Das Abkommen über deutsche Auslandsschulden und seine Durchführungsbestimmungen, 2. Aufl., 1960.
*Haldemann, F./Unger, T./Cadelo, V. (*Hg.), The United Nations principles to combat impunity, 2018.
Haller, G./Günther, K. /Neumann, U. (Hg.), Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa, 2011.
Hartmann, R./Heydrich, W., Der Vertrag über den Offenen Himmel, 2000.
Hartmann, R./Heydrich, W., Die Anpassung des Vertrages über konventionelle Streitkräfte in Europa, 2002.
Hassine, K./Leckie, S., The United Nations principles on housing and property restitution for refugees and displaced persons, 2016.
*Heining, A./Timbart, A. (*Hg.), Commentaire de la convention franco-allemande destinée à éviter les doubles impositions, 1961.
Herber, R./Piper, H., CMR, Internationales Straßentransportrecht, 1996.
Hestermeyer, H./Stoll, P.-T./Wolfrum, R. (Hg.), WTO – Trade in Goods, 2010.
Hoffmann, K. (Hg.), Konsularrecht, 2011.
Hofmann, R./Malloy, T. H./Rein, D. B. (Hg.), The Framework Convention for the Protection of National Minorities, 2018.
Hohmann, J./Weller, M.-P. (Hg.), The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2018.
Huglo, C./Picod, F. (Hg.), Déclaration universelle des droits de l'humanité, 2018.
Imhoff, L. P., GATT. Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, 1952.
Internationales Komitee vom Roten Kreuz (Hg.), Rechte und Pflichten der Krankenschwestern sowie des militärischen und zivilen Sanitätspersonals, 1970.
Joseph, S./Castan, M., The International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl., 2013.
Kamto, M. (Hg.), La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, 2011.
Karpenstein, U./Mayer, F. C. (Hg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, 2. Aufl., 2015.
Klein, D. et al. (Hg.), The Paris Agreement on Climate Change, 2017.
Koffka, O./Bodenstein, H. G./Koffka, E., Luftverkehrsgesetz und Warschauer Abkommen, 1937.

Kolb, A./Kubaile, H., Kompaktkommentar zum Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland – Schweiz, 3. Aufl., 2015.
Kolb, R. (Hg.), Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations, 2015.
Kraus, H./Rödiger, G. (Hg.), Urkunden zum Friedensvertrage von Versailles vom 28. Juni 1919, 1921.
Kreile, R., Das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China, 1986.
Krutzsch, W./Trapp, R./Myjer, E. (Hg.), The Chemical Weapons Convention, 2014.
Landsberg, W. H., Das internationale Abkommen über die Todeserklärung Vermisster vom 6. April 1950, 1955.
Lang, M./Schuch, J., Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-Österreich, 1997.
Laun, R., Deutschösterreich im Friedensvertrag von Versailles (Artikel 80 des Friedensvertrags), 1921.
Lauterpacht, H., An International Bill of the Rights of Man, 1945.
McConnell, M. L./Devlin, D./Doumbia-Henry, C., The Maritime Labour Convention 2006: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011.
McMahon, J. A., The WTO Agreement on Agriculture, 2006.
Mertens, V., Kommentar: Internationale Regeln von 1972 zur Verhütung von Zusammenstößen auf See (Seestraßenordnung), 1981.
Meyer-Ladewig, J./Nettesheim, M./v. Raumer, S. (Hg.), EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2017.
Meyer-Marsilius, H. J./Hangartner, D., Doppelbesteuerungs-Abkommen Deutschland – Schweiz, 1975.
Miehsler, H./Petzold, H. (Hg.), European convention on Human Rights/Convention européenne des Droits de l'Homme/Europäische Menschenrechtskonvention, 1982.
Mindorf, P., Internationaler Straßenverkehr, 2001.
Murray, R., The African Charter on Human and Peoples' Rights, 2019.
Nordquist, M. H. (Hg.), United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, 7 Bde., 1985–2011; Supplementary documents, 2012.
Nowak, M., UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, 1989.
Nowak, M./Birk, M./Monina, G. (Hg.), The United Nations Convention against Torture and its Optional Protocol, 2. Aufl., 2019.
Nystuen, G./Casey-Maslen, S. (Hg.), The Convention on Cluster Munitions, 2010.
Oelfke, C., Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961, 2018.
O'Keefe, R./Tams, C. J./Tzanakopoulos, A. (Hg.), The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2013.
Osterrieth, A., Gewerblicher Rechtsschutz (unlauterer Wettbewerb) und Urheberrecht im Friedensvertrag von Versailles, 1920.
Pabel, K./Schmahl, S. (Hg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Loseblattwerk, Stand Dezember 2019.
Pettiti, L.-E./Decaux, E./Imbert, P.-H. (Hg.), La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article, 22. Aufl., 1999.
Peukert, W./Frowein, J. A., Europäische MenschenRechtsKonvention, 3. Aufl., 2009.
Pieth, M./Low, L. A./Bonucci, N. (Hg.), The OECD Convention on Bribery, 2. Aufl., 2014.
Proelß, A. (Hg.), United Nations Convention on the Law of the Sea, 2017.

Reinisch, A./Bachmayer, P. (Hg.), The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and Its Specialized Agencies. A Commentary, 2016.
Reuschle, F., Montrealer Übereinkommen, 2. Aufl., 2011.
Robinson, J., Kommentar der Konvention über das Memelgebiet vom 8. Mai 1924, 1934.
Rogge, A., Die Verfassung des Memelgebiets, 1928.
Rose, C. et al. (Hg.), The United Nations Convention Against Corruption, 2019.
Rosenne, S., Procedure in the International Court, 1983.
Rudolf, B. et al. (Hg.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2012.
Ruppel, J./Cuntze, A., Die Reparationssachleistungen, 1922.
de Salvia, M. (Hg.), Compendium de la CEDH, 1998.
Sandoz, Y./Swinarski, C./Zimmermann, B. (Hg.), Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987.
Schabas, W., The European Convention on Human Rights, 2017.
Schläppi, E./Ulrich, S./Wyttenbach, J. (Hg.), CEDAW, 2015.
Schmahl, S., Kinderrechtskonvention, 2. Aufl., 2017.
Schnyder, A. K. (Hg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011.
Schomburg, W./Lagodny, O. (Hg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., 2020.
Schorn, H., Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihr Zusatzprotokoll in Einwirkung auf das deutsche Recht, 1965.
Schütze, R. A./Aschauer, C. (Hg.), Institutional arbitration, 2. Aufl., 2020.
Scott, J., The WTO agreement on sanitary and phytosanitary measures, 2007.
Simma, B./Bernhardt, R. (Hg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991.
Simma, B. et al. (Hg.), The Charter of the United Nations, 3. Aufl., 2012.
Sparka, F., Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents, 2010.
Sykes, A. O., The WTO Agreement on Safeguards, 2006.
Thornberry, P., The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 2018.
Thume, K.-H. (Hg.), Kommentar zur CMR, 3. Aufl., 2016.
Tobin, J. (Hg.), The UN Convention on the Rights of the Child, 2019.
Triffterer, O. (Hg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl., 2008.
Triffterer, O./Ambos, K. (Hg.), Rome Statute of the International Criminal Court, 3. Aufl., 2016.
Vermulst, E. A., The WTO Anti-Dumping Agreement, 2005.
Villiger, M. E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009.
Viñuales, J. E. (Hg.), The Rio Declaration on Environment and Development, 2015.
Vogel, K. (Begr.)/*Ismer, R.* (Hg.), Vogel/Lehner: Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar, 7. Aufl., 2020.
Wassermeyer, F. et al. (Hg.), Doppelbesteuerung, Loseblattwerk, 148. Aufl., Stand Januar 2020.
Wehberg, H., Kommentar zu dem Haager „Abkommen betreffend die friedliche Erledigung internationaler Streitigkeiten" vom 18. Oktober 1907, 1911.
Wehberg, H./Schücking, W., Die Satzung des Völkerbundes, 2. Aufl., 1924.

Weis, P., The Refugee Convention 1951, 1995.
Weller, M.-P. (Hg.), The Rights of Minorities, 2005.
Wiebringhaus, H., Die Rom-Konvention für Menschenrechte in der Praxis der Strassburger Menschenrechtskommission, 1959.
Wolff, R. (Hg.), New York Convention, 2. Aufl., 2019.
Wussow, W., Truppenvertrag und Finanzvertrag, 1958.
Zimmermann, A. et al. (Hg.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011.
Zimmermann, A./C. J. Tams, C. J. (Hg.), The Statute of the International Court of Justice, 3. Aufl., 2019.

Privatrechtliche Kommentare im internationalen Vergleich

Verbreitung, Varianz, Verwandtschaft

Reinhard Zimmermann

I. Kommentare allgemein: Geschichte und Funktionen

Juristische Literatur zeichnet sich durch großen Formenreichtum aus: Monographien und Zeitschriftenaufsätze, Lehrbücher, Handbücher und Enzyklopädien, Kommentare und Festschriften, Entscheidungsanmerkungen, Rezensionen, Sammelbände, Textsammlungen oder auch Ausbildungsliteratur.[1] Für die deutsche Rechtswissenschaft des 20. und 21. Jahrhunderts ist der Kommentar ein besonders charakteristisches Publikationsmedium. So sind zum Bürgerlichen Gesetzbuch im letzten halben Jahrhundert immer neue Kommentare zu den bereits bestehenden und ihrerseits ständig neu aufgelegten hinzugetreten: einbändige, zweibändige, mehrbändige, vielbändige (der „Staudinger"[2] umfasst in der „Online-Grundausstattung" gegenwärtig 114 Bände mit etwa 73.000 Seiten), praxisorientierte, Handkommentare, Studienkommentare, *nur* elektronisch verfügbare, *auch* elektronisch verfügbare oder nur in traditioneller Buchform publizierte: es gibt nichts, was es nicht gibt. Vor allem aber gibt es alles mehrfach. Ein Myrmidonenheer von Wissenschaftlern (und wissenschaftlich interessierten Praktikern) befasst sich immer wieder mit demselben Material, wobei sich durchaus fragen lässt, ob Aufwand und Erkenntnisgewinn in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen.[3] Dabei sind Kommentare im Grundsatz für praktisch wie wissenschaftlich tätige Juristen außerordentlich nützlich, nach Auffassung wohl der meisten in Deutschland sozialisierten Juristen sogar unverzichtbar. Der Jahr für Jahr neu erscheinende „Palandt" ist geradezu zu einem Flaggschiff deutscher Zivilrechtskultur geworden.[4]

[1] Dazu allgemein für Deutschland *D. Willoweit,* Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts, in: *ders.* (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 3–61.

[2] Er war einer der beiden ersten Großkommentare zum BGB, bestand aber in der 1. Auflage (München, 1889–1903) nur aus bescheidenen sechs Bänden.

[3] Vgl. bereits den Beitrag *R. Zimmermann,* Juristische Bücher des Jahres: Eine Leseempfehlung, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 3557–3563, 3557 f.

[4] Gegenwärtig aktuell ist die 79. Auflage, 2020. Unter den nunmehr zehn Kommentatoren ist übrigens nur ein Hochschullehrer; er ist für die Kommentierung des IPR zuständig, das nicht im BGB geregelt ist. Die Kommentierung des BGB teilen sich damit neun Praktiker: sechs Richter oder pensionierte Richter und drei Notare. Das wohl einflussreichste

Kommentare gibt es freilich nicht nur in Deutschland, sondern in vielen anderen europäischen wie außereuropäischen Rechtsordnungen. Damit ist das Thema dieses Bandes benannt: Welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede gibt es in der Kommentarkultur der nationalen Rechtsordnungen? Was sind die prägenden Entwicklungstendenzen und wie lassen sie sich erklären? Hat die Kommentarkultur des einen oder anderen Landes grenzüberschreitende Wirkung entfaltet? Und wie steht es in einer Welt zunehmender Globalisierung von Recht und Rechtswissenschaft mit der transnationalen Rechtsliteratur? Gibt es auch hier Kommentare und, wenn ja, was sind ihre Eigenheiten? Im Zentrum der Betrachtung steht, der disziplinären Verankerung der weitaus meisten Autoren entsprechend, das Bürgerliche Recht. Ausgangspunkt ist das Buch von *David Kästle-Lamparter* mit dem Titel „Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart", das im Jahre 2016 erschienen ist. Geht es dort, was die Gegenwart betrifft, um den Aufstieg des Gesetzeskommentars in Deutschland, so wird in diesem Band der Blick vergleichend geweitet.

Kästle-Lamparter definiert als Kommentar jeden Text, der sich strukturell an einen anderen Text anlehnt und diesen fortlaufend erläutert.[5] Diese Definition wird auch hier zugrunde gelegt. Erfasst sind damit nicht nur Gesetzeskommentare moderner Prägung; vielmehr kommen als Referenztexte eines Kommentars auch etwa „nicht-legislative Kodifikationen",[6] Kompilationen, Rechtsaufzeichnungen oder Werke des juristischen Schrifttums in Betracht, sofern sie als autoritativ betrachtet werden. Kommentare in diesem Sinne hat es in der europäischen Rechtstradition, soweit sie auf das römische Privatrecht zurückreicht, seit eh und je gegeben. Für die römische Jurisprudenz der klassischen Zeit spielten Kommentare zu den Darstellungen des Zivilrechts durch *Massurius Sabinus* und *Quintus Mucius Scaevola,* zum Edikt des Prätors oder auch zu einzelnen Gesetzen wie etwa den Zwölftafeln eine besonders wichtige Rolle.[7]

Das zweite Leben des römischen Rechts begann im hohen Mittelalter mit der Glossierung der Texte des *Corpus iuris civilis.* Auch die von den Glossatoren zusammengestellten Glossenapparate, bis hin zur *Glossa ordinaria* des *Accursius,* unterfallen der soeben genannten Definition, und so lässt sich durchaus von einer Neuentdeckung des juristischen Kommentars durch die

---

Buch des deutschen Bürgerlichen Rechts im sprichwörtlichen Land des Professorenrechts wird damit nicht von Professoren geprägt.

[5] *D. Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 9.

[6] Vgl. zu diesem Begriff *N. Jansen,* The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010.

[7] *W. Waldstein/J. M. Rainer,* Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl., 2014, 223 f.; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 20–24.

Glossatoren sprechen.[8] Die auf die Glossatoren folgende Rechtsschule wird heute nach dem für sie charakteristischen Literaturtyp vielfach geradezu als diejenige der „Kommentatoren“ bezeichnet.[9] Damit einher geht die Entwicklung von Einzelerläuterungen, die zwischen die Zeilen des Referenztextes oder an dessen Rand geschrieben wurden, zu einem selbständigen Kommentar, der diesen Referenztext fortlaufend erläutert, ohne ihn selbst mitabzudrucken.

Die Kommentarform prägte den juristischen Humanismus ebenso wie die spanische Spätscholastik.[10] Auch in der Zeit des *Usus modernus* entstanden bedeutende Kommentarwerke; das gilt für *Johann Brunnemann,* „Commentarius in quinquaginta libros pandectarum“ (1670) ebenso wie für das den Epochennamen prägende Werk „Specimen usus moderni Pandectarum“ (1690–1712) von *Samuel Stryk* oder auch für den im römisch-holländischen Recht besonders einflussreichen „Commentarius ad pandectas“ (1698/1704) von *Johannes Voet.* Im Vergleich von *Brunnemann* zu *Stryk* und *Voet* zeigt sich eine Weiterentwicklung insoweit, als die Kommentierung nicht mehr an den einzelnen *leges* der Digesten orientiert ist, sondern nur noch der Ordnung der Titel folgt. Der Bezug auf den Referenztext ist also deutlich gelockert. Abgeschlossen wurde die Zeit des *Usus modernus* wie auch der großen Blüte der Kommentare zum römischen Quellencorpus durch die „Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld: ein Commentar für meine Zuhörer“ (seit 1790) von *Christian Friedrich Glück,* nach seinem Tode fortgesetzt von *Christian Friedrich Mühlenbruch* und anderen: ein Werk, das sich auf 63 Bände auswuchs, gleichwohl aber Fragment geblieben ist.[11]

Kommentiert wurden natürlich nicht nur die Digesten, sondern auch die Institutionen und der Codex. Der „In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius“ (1642/1655) von *Arnold Vinnius* wurde zu einem der am weitesten verbreiteten, und damit einflussreichsten, romanistischen Bücher der neueren Privatrechtsgeschichte.[12] Im Übrigen erschienen auch Kommentare zu Büchern anderer Autoren, die als Standardwerke angesehen wurden. So war es

---

[8] So die Überschrift der einschlägigen Analyse von *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 105–181.

[9] Vgl. z.B. *P. Koschaker,* Europa und das römische Recht, 4. Aufl., 1966, 87–105. *F. Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, 80–96, spricht von „Konsiliatoren“. Früher war, beeinflusst durch die abschätzige Beurteilung von *Savigny,* der Begriff „Postglossatoren“ verbreitet.

[10] Vgl. insgesamt den historischen Überblick über die Zeit des *ius commune* bei *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 19–57; zum kanonischen Recht und zu germanistischen Rechtsquellen (mit dem Beispiel des *Decretum Gratiani* und des Sachsenspiegels als Referenztexten) vgl. 181–205.

[11] Zu Glück und seinem Werk vgl. *A. Hirata,* Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755–1831), ZRG (rom.) 123 (2006), 330–342.

[12] Dazu *R. Zimmermann,* Arnold Vinnius – Leben, Umfeld, Werk und Wirkung, in: A. Vinnius, Institutionenkommentar – Schuldrecht, Text und Übersetzung, hg. v. K. Wille, 2005, xi–xxvii.

ja bereits in Rom gewesen, als *Pomponius Quintus Mucius Scaevolas* Darstellung des *ius civile* kommentiert hatte und *Ulpian* diejenige des *Massurius Sabinus;* so war es bei den spanischen Spätscholastikern, wenn sie die „Summa Theologica" *Thomas von Aquins* kommentierten;[13] und so war es im 18. Jahrhundert, als das Vernunftrecht anhand der autoritativen Schriften von *Hugo Grotius* („De iure belli ac pacis") und *Samuel Pufendorf* („De iure naturae et gentium") unterrichtet und diskutiert wurde.[14] In den nördlichen Niederlanden wurde in deren „Goldenem Zeitalter" *Hugo Grotius'* „Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd" (1631) immer wieder kommentiert,[15] handelte es sich hierbei doch nach allgemeiner Auffassung um das eigentliche Gründungsdokument derjenigen Spielart des *ius commune,* die als römisch-holländisches Recht bekannt wurde[16] – *Dionysius Godefridus van der Keessel* schrieb ihr in seinen „Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductio ad Iurisprudentiam Hollandicam" Ende des 18. Jahrhunderts fast gesetzesgleiche Autorität zu.[17] Einer der international berühmtesten deutschen Juristen des 18. Jahrhunderts, *Johann Gottlieb Heineccius* (damals Professor an der westfriesischen Universität Franeker), gab 1726 eine von ihm kommentierte Neuauflage von *Vinnius'* Institutionenkommentar heraus:[18] der interessante Fall eines Kommentars zu einem Kommentar (oder eines „Superkommentars").[19]

Für die Historische Rechtsschule war der Kommentar demgegenüber nicht mehr die angemessene Literaturform; an seine Stelle trat, kulminierend in

---

[13] Dazu *N. Jansen,* Methoden, Institutionen, Texte, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 45.

[14] Nachweise auch dazu bei *Jansen,* Methoden (Fn. 13), 45 f.

[15] Nähere Angaben dazu bei *R. Zimmermann,* Römisch-holländisches Recht – ein Überblick, in: R. Feenstra/R. Zimmermann (Hg.), Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert. 1992, 9–59, 30 f.

[16] Überblick bei *R. Zimmermann,* Römisch-holländisches Recht, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP), 2009, 1314–1318. Zu dessen Fortwirkung bis heute vgl. noch unten XIII.1.

[17] „[…] cuius tanta est in foro auctoritas, ut fere legis vel consuetudinis in scripturam redactae instar esse videatur". *Van der Keessel*s „Praelectiones" sind erst von 1961–1967 in fünf Bänden publiziert worden, mit Übersetzung ins Afrikaans. Grotius' „Inleiding" als Referenztext wird zwar nicht mit abgedruckt, aber fortlaufend erläutert. Zu Lebzeiten von *Van der Keessel* sind nur seine „Theses selectae juris Hollandici et Zelandici, ad supplendam Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam" (1800) erschienen.

[18] Diese Ausgabe liegt der deutschen Übersetzung von *A. Vinnius,* Institutionenkommentar (Fn. 12) zugrunde, die deshalb auch die Kommentare von Heineccius enthält.

[19] Während Heineccius nur hin und wieder eigene Kommentare einstreut, wendet *Peter Müller* dieses Verfahren in sehr viel größerem Stil im Hinblick auf eines der berühmtesten Werke des deutschen *Usus modernus* an, *G. A. Struves* Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem pandectarum, 3. Aufl., Frankfurt a.M., 1738, Nachdruck 2016. Die „additiones" von Müller folgen den Erläuterungen von Struve Punkt für Punkt und sind in der Regel deutlich länger als diese.

Bernhard Windscheids dreibändiger Darstellung des Pandektenrechts,[20] das systematisch aufgebaute Lehrbuch, das zwar immer noch am römischen Recht, aber nicht mehr an der Legalordnung der Digesten (und auch nicht am System der Institutionen), sondern am Pandektensystem orientiert war.[21] Nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich hatten sich zuvor bereits die Vertreter des Vernunftrechts vom römischen Quellencorpus zu lösen versucht: mit der Folge, dass auch die von ihnen verfasste Literatur sich strukturell nicht an einen autoritativen Referenztext anlehnen konnte. Vielmehr bildeten hier mit Hilfe der Vernunft erkannte Begriffe und Prinzipien den Ausgangspunkt.[22]

Was nun die Funktionen betrifft, die ein Kommentar erfüllen kann, so sieht *Kästle-Lamparter*[23] in ihm Erläuterungsbuch, Wissensspeicher, Wissensfilter, Wissensorganisator, Wissensgestalter, juristischen Feinmechaniker, Brückenbauer,[24] Stabilisator, Kritiker und Erneuerer. Manche dieser Funktionen gehen ineinander über (schon, indem ein Kommentar einen Text erläutert, gestaltet er Wissen; indem er den Wissensbestand filtert, stabilisiert er das Recht; indem er das Recht erneuern hilft, übt er auch Kritik an dem Bestehenden), und nicht alle von ihnen sind in jedem Kommentar gleichermaßen erfüllt; nicht selten treten gerade die zuletzt genannten, produktiven Funktionen in den Hintergrund oder werden gar nicht erst angestrebt. Im Übrigen besteht eine Aufgabe moderner Gesetzeskommentare darin, sowohl anwendungsbezogen als auch theoriegeleitet zu sein und damit Wissenschaft und Praxis zu verbinden.[25]

II. Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch

In Deutschland ist die zweite Blüte der Kommentarliteratur untrennbar mit der Kodifikation des Privatrechts verbunden.[26] Das gilt im 19. Jahrhundert

[20] *B. Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a.M, 1891, danach fortgeführt von *T. Kipp* bis zur 9. Aufl., 1906.

[21] Dazu *J. P. Schmidt,* Pandektensystem, in: HWBEuP (Fn. 16), 1132–1136.

[22] Dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 49–57. *C. Wolff* behielt in seinem „Ius Naturae" (8 Bde., Frankfurt a.M. u.a., 1740–1748), einem Hauptwerk des Vernunftrechts, in gewisser Weise aber den Stil eines Kommentars bei.

[23] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 311–332.

[24] Dazu auch *H. Mohnhaupt,* Zum Verhältnis zwischen Kodifikation und Rechtsprechung am Beispiel von Kommentaren und Rechtsprechungssammlungen zum ABGB, in: B. Dölemeyer/H. Mohnhaupt (Hg.), 200 Jahre ABGB (1811–2011), 2012, 121–157, 132: „[Der Kommentar] überbrückt historische Zeiträume und kulturelle Grenzen, indem er das fest gebündelte normative Wissen des Gesetzbuchs an die neuen Anforderungen der sozialen Welt anzupassen versucht".

[25] Vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 282–285, 301–303.

[26] Detaillierte Analyse des Aufstiegs des Gesetzeskommentars in Deutschland bei *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 209–288.

bereits für die kodifizierten Partikularrechte z.B. in Baden,[27] in Österreich[28] und sogar in Preußen; auch wenn das preußische Allgemeine Landrecht von Wissenschaft und Lehre zunächst stark vernachlässigt wurde,[29] entstand doch in den Jahren von 1852–1856 ein vierbändiger „Kommentar in Anmerkungen“ von *Christian Friedrich Koch,* einem Gerichtsdirektor in Neiße. Es gilt, auf der Ebene des Reiches, im Strafrecht und im Handelsrecht[30] (mit *Hermann Staubs* Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch als herausragendem, ja geradezu schulemachendem Beispiel – er erschien 1893 in erster und schon im Jahre 1900 in 6./7. Auflage und wird heute als fünfzehnbändiger Großkommentar zum Handelsgesetzbuch fortgeführt),[31] bis sich dann um die Jahrhundertwende der BGB-Kommentar zu einem, letztlich sogar *dem,* Leitmedium des Privatrechtsdiskurses zu entwickeln begann.[32]

Die führenden Großkommentare waren die von *Gottlieb Planck* und *Julius von Staudinger* herausgegebenen;[33] der eine (Planck) erschien von 1897–1902 in sieben Bänden (1./2. Auflage), der andere (Staudinger) von 1898–1903 in sechs Bänden.[34] Anders als noch im 19. Jahrhundert (und damals grundsätzlich auch in den Gebieten kodifizierten Rechts)[35] bildete nun nicht mehr das System des zeitgenössischen römischen Rechts den zentralen Referenzpunkt für Privatrechtsdiskurs und juristische Ausbildung, sondern das BGB und damit das staatlich erlassene Gesetzesrecht. Von erheblicher Bedeutung waren inso-

---

[27] Für Baden vgl. *J.N.F. Brauer,* Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung, 6 Bde., Karlsruhe, 1809–1819; *M. Hachenburg,* Das Badische Landrecht unter Berücksichtigung des Rheinischen Rechts annotiert nach der Rechtsprechung der Deutschen Gerichte, Mannheim, 1887; allgemein zu den Gebieten französischen Rechts *K. H. Neumeyer,* Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten französischen Zivilrechts bis zur Dritten Republik, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 1, 1974, 173–195.

[28] Dazu unten III.

[29] *Wieacker,* Privatrechtsgeschichte (Fn. 9), 334.

[30] *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 70 f.

[31] Zu *Staub,* einem Anwalt in Berlin, vgl. *T. Henne/R. Schröder/J. Thiessen* (Hg.), Anwalt – Kommentator – „Entdecker“: Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag, 2006; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 224–230.

[32] *N. Jansen,* Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs: Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in diesem Band, 25–44.

[33] Dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 246–255.

[34] Planck war Richter und Politiker. Bekannt ist er heute vor allem als Redaktor des Familienrechts in der Ersten Kommission zur Vorbereitung des BGB und als Generalreferent in der Zweiten Kommission; er war damit „unter den vielen Vätern des BGB einer der einflußreichsten“: *G. Kleinheyer/J. Schröder* (Hg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Aufl., 2017, 545. Staudinger war Richter und Ministerialbeamter in Bayern.

[35] *Koschaker,* Europa (Fn. 9), 292.

weit die Beschlüsse der in der Eisenacher Konferenz vom März 1896 versammelten Professorenschaft.[36] Im Jahre 1910 erschien zum ersten Mal der sogenannte Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, der sein Programm (die „besondere Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts“) bereits im Titel trug, 1921 ein von *Hans Theodor Soergel* herausgegebener Kommentar „unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre“. Beide entwickelten sich im Laufe der Zeit zu weiteren Großkommentaren.

Einen langfristig wirksamen Impuls setzte in den zwanziger und dreißiger Jahren *Adolf Baumbach* mit seinen Taschenkommentaren, die ab 1933 den Namen „Liebmanns Kurzkommentare“ trugen und dann, nach dem Verkauf des Verlages Otto Liebmann an C.H. Beck, als „Beck’sche Kurzkommentare“ bekannt wurden.[37] Der Palandt[38] trägt, auch wenn die 79. Auflage (2020) trotz des gedrängten Druckbildes und trotz der notorischen Abkürzungen[39] einschließlich Register 3.245 Seiten umfasst, bis heute diesen Reihentitel.[40] Seit 1979 erscheint deshalb in demselben Verlag unter dem Namen des Gründungsherausgebers *Othmar Jauernig* ein deutlich kürzeres Erläuterungswerk.[41] Mit dem um dieselbe Zeit begonnenen „Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“ (1. Auflage von 1978–1983 in zunächst sieben Bänden) begann dann die Proliferation der BGB-Kommentare, von der einleitend die Rede war und die dazu geführt hat, dass eine Literaturgattung, die nicht zuletzt dazu dient, einen Überblick über Rechtsprechung und Schrifttum zu bieten, ihrerseits massiv zur Unübersichtlichkeit beiträgt. Eine Sonderstel-

---

36 *E. Friedberg,* Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz, Leipzig, 1896.

37 Dazu näher *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 73–75.

38 Oben Fn. 4.

39 Dazu *J. Basedow,* Euro-Zitrone für den Palandt, ZEuP 1 (1993), 656 f.

40 Alle bisher genannten Kommentare (Staub, Planck, Staudinger, Reichsgerichtsrätekommentar, Baumbach, Soergel, Palandt) sind nicht von Professoren gegründet und/oder herausgegeben worden; Baumbach war Richter, Soergel bayerischer Hofrat. Otto Palandt, nach dem der heute berühmteste zivilrechtliche Kommentar benannt ist (ohne dass er je auch nur einen Paragraphen kommentiert hätte) war Präsident des Reichsjustizprüfungsamts. Zu diesem, und zur Rolle von Otto Palandt, neuerdings *M. Würfel,* Das Reichjustizprüfungsamt, 2019. Auch die Autoren waren ganz überwiegend Praktiker: „Vereinfacht lässt sich sagen, dass das Verfassen von Kommentaren die Sache der Praktiker war, während die Professoren es vorzogen, systematische Lehrbücher zu schreiben“: *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 240; vgl. auch bereits *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 1), 58 f.

41 Jauernig war Professor in Heidelberg. Alle am „Jauernig“ beteiligten Autoren sind Hochschullehrer; das mag daran liegen, dass das Werk jedenfalls *auch* für Juristen in der Ausbildung gedacht ist. Allgemein *Willoweit,* Juristische Literatur (Fn. 1), 59: „Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist ein zunehmendes, breiteres Interesse von Angehörigen juristischer Fakultäten zu beobachten, schriftstellerische Energien in die Erklärung von Gesetzestexten zu investieren“.

lung unter den deutschen Kommentaren hat der „Historisch-kritische Kommentar zum BGB“,[42] der den Traditionszusammenhang sichtbar macht, in dem das Gesetz steht und die Erfahrungen aus über 100 Jahren Umgang mit ihm erschließt; und der damit historische Rechtsvergleichung bis an die Schwelle der Gegenwart bietet. In der Regel werden hier nicht einzelne Normen, sondern Normenkomplexe kommentiert. Episode blieb der Versuch der Etablierung von stärker sozialwissenschaftlich orientierten „Alternativkommentaren“ zu einer Reihe von Gesetzen, darunter dem BGB. Sie positionierten sich politisch links von der herrschenden Meinung, vernachlässigten dabei aber aus Sicht der herrschenden Meinung das Kerngeschäft einer praxistauglichen juristischen Erläuterung.[43]

Mit dem Aufstieg des Kommentars korrespondiert in Deutschland der Niedergang des großen Lehrbuchs;[44] einstmals wohl etablierte Werke werden heute vielfach nicht mehr fortgeführt. Orientierung sucht der moderne Jurist im Palandt und nicht mehr in einem Werk wie dem von *Windscheid/Kipp.* Hinter dieser Entwicklung stehen, so *Nils Jansen,* letztlich eine zunehmende Differenzierung von Rechtssystem und Rechtswissenschaft und damit verbundene Differenzierungen im Rechtsbegriff. So sei einerseits zweifelhaft, wie weit das richterrechtlich überformte und in Mehrebenensystemen zersplitterte Recht der Gegenwart sich in Form kohärenter Systeme noch angemessen abbilden lässt; andererseits werde heute nicht mehr bezweifelt, dass die Judikatur die Wissenschaft als Protagonisten der Rechtsfortbildung abgelöst hat.[45]

III. Kommentare zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch

Die Annahme des BGB im Reichstag und seine Verkündung im Sommer des Jahres 1896 bildeten den Startschuss für die Erarbeitung und Publikation der beiden Großkommentare von *Planck* und *Staudinger.* Zu dieser Zeit gab es in Österreich bereits eine lange Tradition von Kommentierungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) von 1811. Der erste, bereits 1811–1813 in vier Bänden erschienene Kommentar stammte mit *Franz von Zeiller* von „dem bedeutendsten Kopf dieser Gesetzgebung“[46] selbst.[47] Wie in

---

[42] Herausgegeben von *M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann:* Bd. I, 2003, Bde. II/1 und II/2, 2007, Bde. III/1 und III/2, 2013, Bd. IV, 2018.

[43] Vgl. etwa Alternativkommentare: Anspruch und Kritik (1987); dazu *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 88–90.

[44] Dazu *Jansen,* Deutschland (Fn. 32), 42–44.

[45] *Jansen,* Deutschland (Fn. 32), 43.

[46] *Wieacker,* Privatrechtsgeschichte (Fn. 9), 336.

[47] *F. v. Zeiller,* Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 4 Bde., Wien, 1811–1813. Dazu *Wieacker,* Privatrechtsgeschichte (Fn. 9), 336: „Zeiller ist auch der bedeutendste

Deutschland *Planck* als einer der Väter des BGB, war *von Zeiller* prädestiniert, die Zielsetzungen des Gesetzgebers authentisch zu vermitteln und damit also, in seinen eigenen Worten,

„[d]ie Reichhaltigkeit dieses, auf einen sehr mäßigen Umfang eingeschränkten, Gesetzbuches zu entwickeln, die Gerechtigkeit der einzelnen Vorschriften durch ihre Begründung einleuchtender zu machen, und die Anwendung derselben durch eine nähere Anleitung zu erleichtern."[48]

In seinem Überblick über die Kommentarliteratur zum ABGB im 19. Jahrhundert unterscheidet *Heinz Mohnhaupt* in Anbetracht der „permanenten Ausweitung der kommentierten Rechtsquellenfundamente"[49] mehrere Typen: in der Anfangszeit den exegetischen Kommentar, wie ihn nach *von Zeiller* etwa *Franz Xaver Nippel*[50] und *Joseph Winiwarter*[51] vorlegten; später dann die Erläuterung des ABGB anhand der inzwischen ergangenen Rechtsprechung,[52] vor allem aber, im Anschluss an die Erneuerung der österreichischen Rechtswissenschaft durch *Joseph Unger,*[53] „die Wiederanknüpfung des öster-

---

Kommentator seines eigenen Werkes geworden"; *Mohnhaupt,* Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 136, mit Hinweis auch auf zwei weitere Kommentare zum ABGB aus der Feder von v. Zeiller.

[48] *v. Zeiller,* Commentar (Fn. 47), vii f.; vgl. auch *Mohnhaupt,* Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 136: nach *von Zeiller* habe ein „guter Commentar" Text, Erklärungen, Gründe und Anwendungsregeln zu enthalten.

[49] *Mohnhaupt,* Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 141.

[50] *F.X.J.F. Nippel,* Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie, mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, 9 Bde., Grätz, 1830–1839. In Bd. 1, vi, schreibt *Nippel,* er habe bei seiner Arbeit „weniger nach Originalität, als nach Beförderung und Verbreitung der Wahrheit und des practischen Nutzens" gestrebt. *L. Pfaff/F. Hofmann,* Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., Wien, 1877–1887, Bd. I/1, 62 tadeln die „ermüdende Weitschweifigkeit der Darstellung" – zudem würden die gesamten vier Bände von Zeiller wiederholt, „zwar bona fide […] aber in naiver Verkennung der ökonomischen Seite des Autorrechts".

[51] *J. Winiwarter,* Das Oesterreichische bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert, 5 Bde., Wien, 1831–1838, der sein Werk als „Commentar" (Bd. 1, v), gleichzeitig aber auch als „Lehr- oder Handbuch" (Bd. 1, vii) bezeichnet. In der Tat ist der Text des ABGB zwar „wörtlich eingeschaltet", dessen Paragraphen reflektieren aber nicht die Gliederung des Werkes. *Winiwarter* weist selbst darauf hin (Bd. 1, viii), dass er sich hin und wieder eine Abweichung von der Ordnung des Gesetzbuches erlaubt habe. *Pfaff/Hofmann,* Commentar I/1 (Fn. 50), 62 bezeichnen *Winiwarters* Darstellung als scharfsinnig, doch schlage bei ihm der Scharfsinn „nicht selten in Spitzfindigkeit und Paradoxie" um. – *Nippel* war Richter, *Winiwarter* Hochschullehrer.

[52] *A. Riehl,* Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch erläutert durch die Spruchpraxis des k.k. obersten Gerichtshofes bis 1879 sammt ausführlichen Citaten aller einschlägigen Gesetzesstellen, 2 Bde., Wien, 1879. *Riehl* war Advokat.

[53] Unger, dem einflussreichsten Juristen Österreichs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, ging es darum, die österreichische Rechtswissenschaft nach dem Vorbild der

reichischen Partikularrechts an das gemeine Recht“ (in diesem Sinne *Ludwig Ritter von Kirchstetter*[54] sowie *Leopold Pfaff/Franz Hofmann*[55]). Ende des 19. Jahrhunderts habe dann das ABGB seine (vermeintliche oder tatsächliche) Autonomie endgültig eingebüßt,[56] indem das Gesetzbuch „[n]ach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Literatur“ erläutert wurde: so der Untertitel der 6. Auflage, 1892, des von *Moritz von Stubenrauch* begründeten Kommentars.[57] „Die Brauchbarkeit und Beliebtheit des Stubenrauch’schen Commentars zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche beruht darauf, dass derselbe ein möglichst anschauliches Bild des jeweiligen Standes der Theorie und Praxis im Ganzen wie im Einzelnen darzubieten bezweckt“.[58] Das hatte zuvor auch *Joseph Unger* anerkennend hervorgehoben.[59]

---

historischen Schule in Deutschland zu pandektisieren (in seinen eigenen Worten: „[…] den reichen Strom deutscher Wissenschaft auf die brach liegenden Fluren der österreichischen Jurisprudenz zu leiten“: *J. Unger,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I: Allgemeiner Teil, 1.–4. Abteilung, Leipzig, 1856, vi). Dazu, und zur Studienreform durch Graf Thun-Hohenstein, der ebenfalls eine Abwendung vom Naturrecht und eine Eingliederung der österreichischen in die deutsche gemeinrechtliche Wissenschaft anstrebte, *R. Zimmermann,* „In der Schule von Ludwig Mitteis“: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, RabelsZ 65 (2001), 1–38, 5–9.

[54] Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche mit vorzüglicher Berücksichtigung des gemeinen deutschen Privatrechts, Leipzig/Wien 1868. Das Zitat findet sich im Vorwort dieses Werkes, wo *Kirchstetter* auch seiner Überzeugung Ausdruck gibt, das ABGB sei wie das preußische Allgemeine Landrecht, „modificirtes gemeines Recht“. Kirchstetter (ein Anwalt) beruft sich auf Unger und dessen „System“ (und stellt sein Werk in eine Reihe mit dem Kommentar von Koch zum Landrecht und Carl Georg Wächters „Handbuch zum Württembergischen Privatrecht“).

[55] *Pfaff/Hofmann,* Commentar (Fn. 50). Das Werk ist Fragment geblieben. Beide Autoren (Hochschullehrer in Wien und Schüler von Unger) bekennen sich dazu, einer Schule anzugehören, „die gegen die blos exegetische Methode nachdrücklichen Widerspruch erhoben hat“ (Bd. I/1, iii), bemühen sich aber darum, Exegese und System miteinander zu verbinden; die Form eines Kommentars brauche jedenfalls kein Hindernis zu sein, den Ergebnissen systematischer Untersuchungen (wie sie Unger, aber auch Pfaff selbst durchführten) ihre Gestalt zu geben. Pfaff und Hofmann stützen sich neben dem „neuen Stoff, den Literatur, Praxis und Gesetzgebung bieten“ als erste seit von Zeiller auch auf die offiziellen Materialien zum ABGB. – Übrigens hatten *Pfaff/Hofmann,* Commentar I/1 (Fn. 50), xii, zunächst den Gesetzestext, „der sich ohnehin in jedes Juristen Händen befindet“, weglassen wollen. Das sei ihnen jedoch „von mehreren Seiten widerraten“ worden.

[56] *Mohnhaupt,* Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24), 147.

[57] *M. v. Stubenrauch,* Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sammt den dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen […], mit Rücksicht auf das practische Bedürfniß, 3 Bde., Wien, 1853–1858. Stubenrauch war Professor in Lemberg und Wien.

[58] *M. v. Schuster/K. Schreiber,* in der Vorrede zur 8. Auflage, 1902, des Commentars zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche von weiland Dr. Moritz von Stubenrauch, Bd. 1, 1902, iv. Auch *Pfaff/Hofmann,* Commentar I/1 (Fn. 50), 64, rühmen die „umfassende Benutzung der Literatur und der Entscheidungen der Gerichte“.

Damit war der Typ des modernen Kommentars entstanden, wie er dann auch für die deutsche Rechtsentwicklung maßgeblich wurde; „tunlichst vollständige Berücksichtigung“ von Literatur und Rechtsprechung, jedoch nicht „bloße Materialiensammlung“, sondern der Anspruch, den Stoff „in geistiger Verarbeitung dar[zu]bieten“.[60] So nimmt es denn nicht wunder, dass auch heute die österreichische Kommentarlandschaft, in kleinerem Maßstab, der deutschen entspricht. Es gibt einen Großkommentar zum ABGB, herausgegeben von *Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner* und *Andreas Vonkilch,* der den berühmten, 1931–1935 von *Heinrich Klang* begründeten Kommentar zum ABGB in vier Bänden fortführt,[61] sowie einen weiteren Großkommentar, begründet von *Michael Schwimann,* der als „ABGB-Praxiskommentar“ firmiert;[62] es gibt einen Kurzkommentar (seit 2005)[63] und einen Taschenkommentar (seit 2010)[64] zum ABGB, und es gibt seit 1983/1984 den mittelgroßen, zweibändigen Kommentar von *Peter Rummel.*[65] Mittelgroß, wenngleich einbändig, vor allem aber als Online-Kommentar konzipiert, ist ein von *Andreas Kletečka* und *Martin Schauer* herausgegebenes Werk.[66] Für ein Land mit nur fünf staatlichen juristischen Fakultäten[67] ist das eine ganze Menge.

---

[59] Aus der Vorrede zur vierten bis sechsten Auflage des Stubenrauch’schen Kommentars (Fn. 57), abgedruckt in der 8. Aufl., 1902–1903, iii.

[60] *E. Strohal,* Vorwort zur 4. Auflage von Planck’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1914, viii. Strohal war ein österreichischer Jurist, zunächst Professor in Graz, seit 1895 dann Professor in Leipzig. Er war sowohl für die Entwicklung des österreichischen wie des deutschen Rechts von großer Bedeutung.

[61] *H. Klang* (Hg.), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4 Bde., 1931–1935; heute *A. Fenyves/F. Kerschner/A. Vonkilch* (Hg.), Großkommentar zum ABGB – Klang, 3. Aufl., erscheint seit 2000 und ist ausgelegt auf 30 Bände.

[62] *M. Schwimann* (Hg.), Praxiskommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bde. 1–5, 1987–1990; die 4. Aufl. hg. v. *G. Kodek* in 10 Bänden, 2011–2017.

[63] *H. Koziol/P. Bydlinski/R. Bollenberger* (Hg.), Kurzkommentar zum ABGB, 2005; 6. Aufl., 2020.

[64] *M. Schwimann* (Hg.), ABGB Taschenkommentar, 2010; 4. Aufl. hg. v. *M. Schwimann* und *M. Neumayr,* 2017.

[65] *P. Rummel* (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., 1983/1984; 4. Aufl. hg. v. *P. Rummel* und *M. Lukas,* 2014. – Heinrich Klang war Richter und Hochschullehrer, die Herausgeber der modernen Kommentare zum ABGB sind fast ausnahmslos Hochschullehrer (Kodek und Neumayr allerdings primär Richter). Auch was die Bearbeiter betrifft, sind österreichische Kommentare vorrangig Produkte der Wissenschaft; das gilt vor allem für die von *Klang* und *Rummel* begründeten Kommentare. Demgegenüber sind unter den Autoren des Koziol/Bydlinski/Bollenberger eine Reihe von Praktikern.

[66] ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2010 (4.300 Seiten und fast 60 Autoren).

[67] Außer Wien, Graz, Salzburg, Linz und Innsbruck bieten auch die Wirtschaftsuniversität Wien und eine private Hochschule (ebenfalls in Wien) eine Juristenausbildung an.

Ebenfalls in die Zeit vor den ersten BGB-Kommentaren reicht übrigens die Kommentartradition in der Schweiz[68] zurück. Die bedeutendste Privatrechtskodifikation in diesem Land vor Erlass von Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (und eine der bedeutendsten des 19. Jahrhunderts überhaupt) war das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1853–1856. Hierzu verfasste ihr Redaktor, *Johann Caspar Bluntschli,* ein Erläuterungswerk in vier Bänden,[69] ganz ähnlich wie dies *Franz von Zeiller* für sein ABGB getan hatte.[70] Als dieses Gesetzbuch 1887 revidiert wurde („neue Redaktion"), war es wiederum der Redaktor dieser Revision, *Albert Schneider,* der „auf Grundlage des Bluntschli'schen Kommentars" eine „allgemeinfaßliche" Erläuterung publizierte.[71]

IV. Kommentare zum *Code civil*

1. Code civil français

Wie das ABGB ist der *Code civil* ein Kind der Aufklärung, von ebenfalls nur mäßigem Umfang und damit, wie man denken sollte, einer Kommentierung bedürftig, die seine „Reichhaltigkeit […] entwickel[t]."[72] Und in der Tat entstand im 19. Jahrhundert zunächst eine blühende Kommentarliteratur mit vielfach mehrbändigen Werken, darunter *Claude Étienne Delvincourt,*[73] *Charles Bonaventure Marie Toullier,*[74] *Alexandre Duranton,*[75] *Raymond-Théodore Troplong*[76] und *Charles Demolombe*[77].

Diese Werke sind Produkte der sogenannten „École de l'exégèse",[78] und diese hat traditionell einen schlechten Ruf; die Rede ist von einer „unfrucht-

---

[68] Zu dieser im Überblick noch unten IV.2.

[69] *J. C. Bluntschli,* Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen herausgegeben, 4 Bde., 2. Aufl., Zürich, 1854–1856.

[70] Oben Fn. 47.

[71] *A. Schneider,* Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich, 1888. (Besonders hingewiesen wird auf „zahlreiche Figuren in Holzschnitt zum Erbrecht".)

[72] Oben Fn. 48.

[73] *C.E. Delvincourt,* Institutes de droit civil français, 3 Bde., Paris, 1808; in späteren Auflagen umbenannt in „Cours de Code Napoléon" bzw. „Cours de Code civil".

[74] *C.B.M. Toullier,* Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, 8 Bde., Paris, 1811–1818.

[75] *A. Duranton,* Cours de droit français suivant le Code civil, mir zugänglich nur die 3. Aufl., 21 Bde., Paris, 1834–1837.

[76] *R.-T. Troplong,* Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, 23 Bde., Paris, 1834–1855.

[77] *C. Demolombe,* Cours de Code Napoléon, 31 Bde., Paris, 1845–1887. Trotz des enormen Umfangs behandelt Demolombe kaum zwei Drittel des *Code civil.* – Die meisten der eben erwähnten Autoren (Delvincourt, Toullier, Duranton, Demolombe) waren Hochschullehrer.

[78] *J.-L. Halpérin,* Histoire du droit privé français depuis 1804, 2. Aufl., 2012, 37–75.

baren positivistischen Phase", in der man sich „mit einer grammatischen und logischen Exegese des Gesetzestextes begnügte und die Rechtsprechung ganz außer acht ließ".[79] Nun gab es, als *Delvincourt* und *Toullier* ihre Werke publizierten noch kaum Rechtsprechung und Literatur, die hätte ausgewertet werden können; man musste sich erst einmal mit den Normen des *Code civil,* mit ihrer Bedeutung und ihrem systematischen Zusammenhang, vertraut machen. Im Übrigen sah man aber auch, dass der *Code civil* ganz überwiegend dazu bestimmt gewesen war, einheitliches, nicht neues Recht zu schaffen[80] und dass deshalb *droit ancien* und römisches Recht die am besten geeigneten Hilfsmittel zur Interpretation und Lückenfüllung des neuen Gesetzbuches waren: „C'est sur-tout dans les écrits des jurisconsultes romains qu'[on] trouvera des guides sûrs et des règles de décision infaillibles".[81] Als im Laufe der Zeit immer mehr auf der Grundlage des *Code civil* entstandenes Material zu verarbeiten war, änderten sich auch Argumentationshaushalt und Zitierpraxis der Kommentare; so sind die Kommentare von *Troplong* und *Demolombe* voll von Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung;[82] immer noch aber wurden auch römisches Recht und die Autoren des *ius commune* ausgewertet.[83] Auch wirkt die auf alle Einzelheiten eingehende und mit vielen Fallbeispielen gespickte Darstellung nicht steril oder scholastisch; für den modernen

---

[79] *K. Zweigert/H. Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, 95; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 71 greift die Wahrnehmung für die auf die „École d'exégèse" folgenden Zeit auf, wenn er davon spricht, der Gesetzeskommentar habe sich „aus der Schmuddelecke subalterner Wortexegese befreien können". Kritisch zur verbreiteten Wahrnehmung der „École d'exégèse" aber z.B. *A. Bürge,* Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 1995, 2 und *passim,* z.B. 272 („Mythos") vgl. auch *P. Rémy,* Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle, Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique 2, 1985, 91–105 und die Nachweise bei *Halpérin,* Histoire du droit (Fn. 78), 73. Hier scheint sich eine ähnlich revisionistische Sicht vorzubereiten wie zur Begriffsjurisprudenz und Pandektistik im deutschen 19. Jahrhundert.

[80] Dazu aus heutiger Sicht *J. Gordley,* Myths of the French Civil Code, American Journal of Comparative Law 2 (1994), 459–505.

[81] *Toullier,* Le droit civil I (Fn. 74), 3. Aufl., 1820, 94 (no. 149). *H. Kooiker* bezeichnet deshalb die Kommentatoren des *Code civil* der ersten Jahrzehnte nach Inkrafttreten des *Code civil* als „école romaniste": Lex Scripta Abrogata: De derde renaissance van het Romeinse recht, Teil I, 1996, 196–253 (sehr interessant zu Toullier 203–211).

[82] Bei Troplong finden sich die Nachweise in Fußnoten, bei Demolombe im Text.

[83] Auch dazu *Kooiker,* Lex Scripta Abrogata (Fn. 81), 254–289, mit dem Hinweis, dass diese Autoren der „École classique" oder „École de l'exégèse" sich dadurch mit ihrer Annahme eines geschlossenen Rechtsquellensystems auf der Basis des *Code civil* in Widerspruch setzten. Nur theoretisch, nicht aber in der praktischen Durchführung sind deshalb die Werke von Troplong und Demolombe dem ersten der von *Mohnhaupt,* Kodifikation und Rechtsprechung (Fn. 24) erwähnten Kommentartypen zuzurechnen, die die Kodifikation „autonom" zu verstehen versuchten.

Leser eigenartig sind allerdings die blumige Rhetorik[84] und die kaum gezügelte Weitschweifigkeit der Argumentation. Mit Kommentaren *à la Planck* und *Staudinger* oder auch *Stubenrauch* und *Pfaff/Hofmann* haben diese Werke in der Tat wenig gemein.[85]

Übrigens verschwimmt mitunter die Grenze zwischen Kommentar und *traité.* Während bei *Troplong* die Diskussion nicht nur streng der Reihenfolge der Artikel des *Code civil* folgt, sondern jeweils auch mit dem Abdruck des Textes des kommentierten Artikels beginnt, werden in anderen Werken nicht einzelne Vorschriften, sondern thematisch zusammenhängende Abschnitte kommentiert,[86] häufig ohne Abdruck der Vorschriften selbst.[87] In einem Kommentar wie dem von *Demolombe* ist es ausgesprochen schwer, sich überhaupt zu orientieren. Die Darstellung folgt zwar dem System des *Code civil;* doch die Diskussion z.B. des eigenhändigen Testaments beginnt mit einer Gliederungsübersicht („Sommaire"), die nicht weniger als 83 Punkte umfasst; erst dann folgt der Wortlaut des hier einschlägigen Art. 970 *Code civil.*[88] Durchlaufend gegliedert ist Band 21 des „Cours de Code Napoléon" nach diesen jedem Abschnitt vorangestellten Gliederungsübersichten. Hinzu kommt, dass nicht jeder mit einer Gliederungsübersicht beginnende Abschnitt tatsächlich einer Norm des *Code civil* gewidmet ist (so wird z.B. das *testament par acte public* über drei verschiedene Abschnitte hinweg behandelt, die sich über insgesamt 135 Seiten und 164 Gliederungspunkte erstrecken),[89] und dass umgekehrt nicht jeder Norm ein eigener Abschnitt entspricht.

Mit *Demolombe* endete die Ära der Kommentare zum *Code civil.* An die Stelle der „exegetischen" Erläuterung in Folge der Legalordnung trat nun eine von der deutschen Pandektistik inspirierte systematisch-dogmatische Herangehensweise, für die das Handbuch (*traité*) sich als die geeignetere Publikationsform erwies.[90] Von der Ordnung des *Code civil* waren die Handbücher in ihrer Struktur oft weit entfernt.

---

[84] Insbesondere Demolombe legt viel Emphase in seine Darstellung mit Ausdrücken wie „Bien plus!", „Eh bien!", „Non, certainement!", „Comment!" und mit dem Aufwerfen ganzer Serien von Fragen („Quelle est, au juste, la conséquence qu'il faut en deduire? Le législateur exige-t-il seulement que le testateur *ait pu lire?* Exige-t-il, au contraire, que le testateur *ait lu?*" [zu Art. 978 *Code civil,* der sich mit dem „mystischen" Testament befasst]).

[85] *J.-S. Borghetti,* Legal Commentaries in France: Will Mammoths Come Back to Life?, in diesem Band, 45–60.

[86] *Borghetti,* France (Fn. 85), 49 f.

[87] So bereits in einem frühen Kommentar wie *Toullier;* vgl. etwa Le droit civil français V (Fn. 74), 3. Aufl., 1821, 268, 289, 369 zum eigenhändigen, öffentlichen und mystischen Testament.

[88] *C. Demolombe,* Traité des donations entre-vifs et de testaments, Bd. 4, Paris, 1884 (= Cours de Code Napoléon, Bd. 21), 54–57.

[89] *Demolombe,* Traité des donations (Fn. 88), 171–306, nn. 163–327.

[90] *Borghetti,* France (Fn. 85), 50–52.

Von großer Bedeutung für diese Transformation war das „Handbuch des französischen Civilrechts“ des Heidelberger Professors *Karl Salomo Zachariae* (seit 1842 „von Lingenthal“)[91] in der Übersetzung durch *Charles Aubry* und *Charles-Frédéric Rau* (1839–1846, seit der 4. Auflage 1869–1879 unter dem Titel „Cour de droit civil, d’après la méthode de Zachariae“).[92] Dass während des gesamten 20. Jahrhunderts keine Kommentare zum französischen Zivilrecht geschrieben wurden,[93] ist aus deutscher Sicht durchaus merkwürdig. *Borghetti* nennt für dieses Phänomen zwei Gründe: zum einen die systematischen und inhaltlichen Defizite des *Code civil* und zum anderen die herausragende Bedeutung des Fallrechts für die französische Rechtsentwicklung.[94] Doch lassen sich jedenfalls für das ABGB ganz ähnliche Defizite benennen, und sowohl ABGB wie BGB wurden im Laufe der Zeit von Fallrecht überwuchert – für das deutsche Recht hat *Dawson* geradezu von einer Fallrechtsrevolution gesprochen.[95] Allerdings sind die Entscheidungen der obersten Gerichte in Deutschland und Österreich diskursiv angelegt und spiegeln damit die für die deutsche Rechtskultur charakteristische Verbindung von Theorie und Praxis:[96] Professoren haben sich hier traditionell immer auch als Gestalter und Vordenker des Rechts verstanden. Dem kurzen und kryptischen Entscheidungsstil französischer Gerichte entsprechend,[97] werden französische Juristen demgegenüber vor allem darin geschult, Kommentare zu Gerichtsentscheidungen (*commentaires d’arrêt*) zu schreiben und damit diese Entscheidungen nachzuvollziehen sowie zu erläutern.[98]

Die Fokussierung französischer Rechtswissenschaftler auf die Rechtsprechung geht einher mit einer weitgehenden Vernachlässigung wissenschaftlicher Literatur durch die Gerichte, so dass für den Literaturtyp, der wie kein anderer vom Vorhandensein einer integrierten Gemeinschaft von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft lebt und eine solche Gemeinschaft befördert, kein besonderer Bedarf bestand. Hinzu kommt, was die Perpetuierung der Kommentarkultur im Österreich des 20. Jahrhunderts im Gegensatz zu Frank-

---

[91] Zu ihm neuerdings *C. Baldus,* Der Prophet im fremden Land? Zum 250. Geburtstag von Karl Salomo Zachariae, ZEuP 27 (2019), 724–741.

[92] *Halpérin,* Histoire du droit (Fn. 78), 57 („Aubry et Rau apportèrent une ‚véritable révolution‘ dans la méthode d’exposition du droit civil“).

[93] *Borghetti,* France (Fn. 85), 52.

[94] *Borghetti,* France (Fn. 85), 52–59.

[95] *J. P. Dawson,* The Oracles of the Law, 1968, 432–502.

[96] Dazu das rechtsvergleichende Symposium „Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung“: *R. Zimmermann,* Wider die „verderbliche Einseitigkeit“: Einführung in das Symposium, RabelsZ 77 (2013), 300–387, 300–308.

[97] Dazu aus vergleichender Sicht *Zweigert/Kötz,* Rechtsvergleichung (Fn. 79), 121.

[98] *J.-S. Borghetti,* Legal Methodology and the Role of Professors in France, in: J. Basedow/H. Fleischer/R. Zimmermann (Hg.), Legislators, Judges, and Professors, 2016, 209–222, 212–217.

reich betrifft, der prägende Einfluss deutscher Rechtsdogmatik und damit auch des deutschen „Rechtsstils“ im südöstlichen Nachbarland, während der westliche Nachbar sich seit dem Ersten Weltkrieg gegenüber deutschen Einflüssen weitgehend abschottete.[99]

Das bedeutet natürlich nicht, dass die von juristischen Kommentaren wahrgenommenen Funktionen in Frankreich keine Rolle spielen würden. Statt des Palandt verwendet der französische Zivilrechtswissenschaftler aber eine annotierte Ausgabe des *Code civil,* in der zu jeder Vorschrift die einschlägige Rechtsprechung nachgewiesen, zudem abschnittsweise auch eine Bibliographie gegeben wird.[100] Daneben kann auf moderne systematische Lehrbuchliteratur zurückgegriffen werden, die die vielbändigen Handbücher des französischen Zivilrechts, die im Anschluss an *Aubry* und *Rau* erschienen sind (*Baudry/Lacantinerie, Planiol/Ripert, Ghestin,* und andere), stark zurückgedrängt hat, sowie auf juristische Enzyklopädien, wie insbesondere den *„Jurisclasseur civil“* und das „*Répertoire Dalloz*“ (ein in Deutschland und Österreich ungebräuchliches juristisches Publikationsgenre). Charakteristisch für Frankreich ist auch die Sammlung bedeutender Urteile im Bereich des Privatrechts.[101]

Erst in jüngster Zeit, seit der Reform großer Teile des französischen Schuldrechts im Jahre 2016, sind auch in Frankreich wieder Kommentarwerke erschienen, die in der Legalordnung die Bedeutung der neuen Vorschriften auszuloten versuchen.[102] Darin scheint zunächst einmal eine Renaissance der Gesetzesexegese zu liegen. Ob damit auch ein erster Schritt zu einer der deutschen ähnlichen Kommentarkultur getan ist, lässt sich heute noch nicht sagen; es hängt, wie *Borghetti* resümierend feststellt, nicht zuletzt davon ab, inwieweit französische Professoren es künftig als ihre Aufgabe ansehen, unmittelbar das Gesetz und nicht nur dessen Interpretation durch die Gerichte zu kommentieren.[103] Eine Rolle dürfte in diesem Zusammenhang auch spielen, ob und inwieweit die französischen Gerichte bereit sind, ihren traditionellen Urteilsstil zu ändern; immerhin gibt es Anzeichen einer Reform.[104]

---

[99] Den Punkt erwähnt auch *Borghetti,* France (Fn. 85), 52 f.

[100] Vgl. z.B. den *Code civil* von Dalloz, 119. Aufl., 2020.

[101] *H. Capitant/F. Terré/Y. Lequette/F. Chénédé,* Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 2 Bde., 13. Aufl., 2015.

[102] *F. Terré,* La réforme du droit des obligatioins, 2016; *O. Deshayes/T. Genicon/Y.-M. Laithier,* Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligatons: Commentaire article par article, 2. Aufl., 2018; *G. Chantepie/M. Latina,* Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2. Aufl., 2018.

[103] *Borghetti,* France (Fn. 85), 60.

[104] Vgl. etwa *D. Mazeaud,* Motivez! Motivez!, La Semaine Juridique, Édition générale 2016, 893: dagegen *P. Malaurie,* Pour: la Cour de cassation, son élégance, sa clarité et sa sobriété. Contre: le judge-made law à la manière européenne, La Semaine Juridique, Édition Générale 2016, 546.

2. Exkurs: Code civil und Code des obligations suisse

Eine Quelle der Inspiration für französische Juristen könnte ein französischsprachiger Kommentar zu den beiden großen Zivilrechtskodifikationen der Schweiz sein: Der „Commentaire Romand“ zum Obligationenrecht und zum Zivilgesetzbuch, der im Jahre 2003 mit dem ersten von zwei Bänden zum Obligationenrecht zu erscheinen begann.[105] Hier handelt es sich um einen Kommentar deutschen Stils, in dem der Stand von Rechtsprechung und Literatur dargestellt und, wo nötig, kritisch reflektiert wird. Vorbild ist der seit 1992 erscheinende „Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht“, der im selben Verlag erscheint;[106] ursprünglich war sogar lediglich dessen Übersetzung ins Französische geplant gewesen. Der „Commentaire Romand“ hat sich als ein Standardwerk etabliert, das in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ebenso wie der „Basler Kommentar“, regelmäßig zitiert wird. Seine Entstehung verdankt er nicht einem Mangel an Kommentarliteratur zum schweizerischen Privatrecht, sondern der Dominanz der deutschsprachigen juristischen Literatur (einschließlich insbesondere der Kommentare) in einem mehrsprachigen Land. Etwa zwei Drittel der schweizerischen Bevölkerung sind deutschsprachig, ein knappes Drittel französischsprachig. Deutschschweizer Autoren (und Richter) begnügen sich vielfach damit, nur deutschsprachige Literatur zu zitieren; umgekehrt ist es schwer vorstellbar, dass ein französischsprachiger Autor (oder Richter) deutschsprachige Literatur zum Recht der Schweiz nicht zur Kenntnis nimmt.[107] Der „Commentaire Romand“ überträgt eine im deutschsprachigen Teil der Schweiz ungemein erfolgreiche juristische Literaturform in eine französisch geprägte Umwelt, trägt dadurch aber in gewisser Weise auch dazu bei, den Bruch in der schweizerischen Rechtskultur zu vertiefen.

Der eben erwähnte „Basler Kommentar“ erschien als Reaktion auf die Tatsache, dass die beiden altetablierten, vielbändigen (deutschsprachigen)[108] Großkommentare, der „Zürcher Kommentar“ und der „Berner Kommentar“, das Bedürfnis der Rechtspraxis und des Rechtsunterrichts nach aktueller und

---

[105] Heute Code des Obligations I, 2. Aufl., 2012; Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017; Code Civil I, 2010; Code Civil II, 2016. Ich danke Pascal Pichonnaz für Hintergrundinformationen und Einschätzungen zur Kommentarkultur in der Schweiz. Einen sehr guten Überblick bieten auch *P. Tercier/C. Roten,* La recherche et la rédaction juridiques, 7. Aufl., 2016, Rn. 1083–1108.

[106] Bei Helbing Lichtenhahn: heute Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020; Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016; Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., 2018; Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., 2019.

[107] Vgl. etwa *M. Devinat/P. Pichonnaz,* L’égalité des langues officielles devant les cours suprêmes: regards croisés sur le droit canadien et le droit Suisse, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 136 (2017) I, 271–287, 281 f. Diese Aussage bezieht sich auf Richter; anekdotisch hört man aber auch von Zeitschriftenherausgebern immer wieder, dass deutschsprachige Autoren französischsprachige Literatur nicht berücksichtigen.

[108] Nur der Gesetzestext wird in den drei offiziellen Sprachen wiedergegeben.

einigermaßen handlicher Information über das geltende Recht „in action" nicht mehr erfüllen konnten.[109] Beide Großkommentare gehen in ihren ersten Auflagen auf die Entstehungszeit des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zurück[110] und sind offenbar vom Vorbild des deutschen Rechts inspiriert. Ein „Handkommentar", in dem in einem Band nicht nur Obligationenrecht und Zivilgesetzbuch, sondern auch weitere praxisrelevante Nebengesetze abgedruckt und kommentiert sind, kam im Jahre 2007 heraus.[111] Er erwies sich jedoch mit 3.672 Dünndruckseiten und über das Normale hinausgehendem Format, entgegen seinem Namen, als wenig handlich; in der neuesten, dritten Auflage (2016) sind daraus zehn Bände im Kleinformat geworden, darunter drei zum Zivilgesetzbuch und fünf zum Obligationenrecht. Es gibt weitere, kleinere Kommentare, auch zu privatrechtlichen Spezialgebieten.[112] Seit 2005 erscheint bei Stämpfli eine Reihe „Kommentare zum Familienrecht"; das Logo ist FamKomm/CommFam. Unter den bisher erschienenen Bänden ist auch einer auf Französisch.[113] Insgesamt ist damit die Schweiz, vor allem die Deutschschweiz, mit Kommentaren ausgesprochen gut ausgestattet – angesichts von nur sechs deutschsprachigen Fakultäten (gegenüber vier französischsprachigen), lässt sich wohl sagen: überausgestattet. Jedenfalls ist auch in der Schweiz

---

[109] Gesamtüberblick über die lieferbaren Bände auf den Homepages der Verlage Schulthess („Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht") und Stämpfli („Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht"). Zu beiden Kommentaren, die für das schweizerische Privatrecht fast emblematischen Status haben, ausführlich *Tercier/Roten,* La recherche (Fn. 105), Rn. 1093–1100. Sie weisen darauf hin, dass beide Kommentare im Laufe der Zeit enorm angeschwollen sind (beim „Zürcher Kommentar" von ursprünglich 6 auf (im Jahre 2016) 70 Bände; der „Berner Kommentar" umfasst sogar mehr als 100 Bände. Die Orientierung fällt schwer; so waren im Jahre 2016 vom Berner Kommentar sechs Auflagen begonnen worden, ohne dass auch nur eine von ihnen vollendet worden wäre; selbst von der ersten Auflage fehlt eine Kommentierung der Art. 852–926 Obligationenrecht. „Dans ces conditions, il n'est pas toujours aisé de savoir quelle est la dernière version parue d'un volume et de quelle édition il s'agit", wie *Tercier/Roten* (Rn. 1100) mit mildem Understatement anmerken. Mitunter wird sogar die Kommentarform verlassen; so etwa in Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abteilung, 1. Teilbd., 1. Unterteilbd., 2007; es geht um den Konsumentenkredit, erläutert von *H. Giger.* Im Vorwort ist von einem „[dem] speziellen Verhältnis angepasste[n] methodische[n] Vorgehen" die Rede: damit ist eine *systematische* Darstellung der gesamten Materie gemeint.

[110] Beide zunächst unter dem Titel „Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch", der eine 1909 von *Max Gmür* (Professor in Bern), der andere 1911 von *A. Egger, Arnold Escher, H. Oser, Alex Reichel* und *C. Wieland* (vier von ihnen Hochschullehrer in Zürich, Basel und Fribourg, einer Bundesrichter) begründet. Die Änderung des Titels (vgl. die vorige Fn.) erklärt sich daraus, dass auch andere privatrechtliche Gesetze, vor allem natürlich das Obligationenrecht, in die Kommentierung einbezogen wurden.

[111] Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, mit neun Herausgebern.

[112] Vgl. z.B. *D. Abt/T. Weibel* (Hg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., 2019.

[113] *A. Leuba et al.* (Hg.), Protection de l'adulte, 2013. Auf Deutsch z.B. *A. Büchler* (Hg.), Eingetragene Partnerschaft, 2006.

die Befürchtung zu hören, dass Professoren vor lauter Kommentieren zu wenig dazu kommen, Monographien und andere grundlegende Werke zu verfassen.[114] Nach französischem Vorbild erscheint für französischsprachige Juristen eine „annotierte“ Ausgabe von Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht.[115]

3. Code civil belge

Für Belgien gilt Ähnliches wie für Frankreich. Auch hier gab es Werke, die der *École de l'exégèse* zuzurechnen sind, darunter ein monumentales von *François Laurent* in 33 Bänden.[116] Danach brach auch hier die Kommentarkultur ab. Das hat sich bis heute nicht geändert;[117] wie in Frankreich gibt es lediglich akademisch anspruchslose, annotierte Textausgaben des belgischen *Code civil/Burgerlijk Wetboek* mit Nachweisen (und Kurzzusammenfassungen) der jeweils einschlägigen Rechtsprechung und Bibliographie.[118] Ob sich das (wie möglicherweise in Frankreich) mit der Neukodifikation des belgischen Privatrechts[119] ändern wird, bleibt abzuwarten.

---

[114] Vgl. *P. Pichonnaz,* Droit des obligations – Partie Générale: Revue des publications – Literaturspiegel 2006–2009, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 129 (2010), 95–124, 123 f. Bezeichnenderweise heißt es in einer Einführung zum Schweizerischen Recht: „In Switzerland, the most important works of legal scholars are considered to be the ‘Commentaries’ […] and Treatises“, *J. Voyame,* Introduction, in: F. Dessemontet/T. Ansay (Hg.), Introduction to Swiss Law, 3. Aufl., 2004, 8. In dem Buch von *Tercier/Roten,* La recherche (Fn. 105), Rn. 983–1263 nimmt in dem Abschnitt „La doctrine suisse“ die Kommentarliteratur den größten Platz ein. – Großkommentare werden in der Schweiz wohl zumeist von Professoren geschrieben, für den Basler Kommentar, den „Commentaire Romand“ und den Handkommentar ist eine Mischung von Professoren und Praktikern charakteristisch (auch wenn die Herausgeber so gut wie ausschließlich Professoren sind).

[115] *A. Braconi/B. Carron* (Hg.), CC & CO annoté, 10. Aufl., 2016.

[116] *F. Laurent,* Principes de droit civil français, 33 Bde., Brüssel, 1869–1879. Laurent war Professor in Gent. Zu ihm und seinem Werk zuletzt *D. Heirbaut,* Weg met De Page? Leve Laurent? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht 55 (2017), 267–318. Ebenfalls von Laurent stammt ein Cours élémentaire de droit civil, 4 Bde., Paris, 1878. Ein weiteres zeitgenössisches Werk ist *V. Thiry,* Cours de droit civil, annoté au point de vue de la doctrine et de la jurisprudence belges et françaises, 4 Bde., Paris/Liége, 1892/1893. Etwas später dann *G. Beltjens,* Encyclopédie du Code civil, annoté d'après les principes juridiques, la doctrine des auteurs belges et français reproduite ou analysée, les décisions de tribunaux et des cours de Belgique et de France, 6 Bde., 3. Aufl., 1905–1907. Dieses Werk stellt, obwohl als Enzyklopädie bezeichnet, stärker als die anderen, die äußerlich an einen „Traité“ erinnern, den Text des *Code civil* in den Vordergrund (der auch mit abgedruckt wird).

[117] Freundlicher Hinweis von Dirk Heirbaut, Gent.

[118] Vgl. etwa *M. Dambre/S. Stijns/G. Verschelden,* Burgerlijk Wetboek geanoteerd, 2019.

[119] Dazu *D. Heirbaut,* The Sleeping Beauty Awakens: Belgium's New Law of Inheritance as a First Step in the Greatest Recent Recodification Program in Western Europe, ZEuP 26 (2018), 391–415.

V. Kommentare zum *Codice civile*

Anders als in den bisher behandelten Ländern verlief die Entwicklung in Italien; hier kamen, wie so häufig, französische und deutsche Einflüsse zum Tragen. Da der *Codice civile* von 1865 weithin eine italienische Version des *Code civil* war, ist es nicht überraschend, dass auch die italienische Rechtswissenschaft sich an Frankreich orientierte. So wurden sowohl vor als auch nach 1865 viele Werke der französischen Rechtsliteratur ins Italienische übersetzt, und dadurch kam es mit der Rezeption der *École de l'exégèse,* auch zu einer Übernahme der französischen Kommentarkultur.[120] So wurden etwa die Kommentare von *Delvincourt* und *Toullier,* von *Demolombe* und *Laurent* übersetzt, und es entstanden italienische Kommentare, die der *Scuola dell'essegesi* zugerechnet werden (*Cattaneo/Borda, Borsari, Delvitto, Vignali/Scalamandrè* und andere).[121] Seit den 1880er Jahren vollzog sich dann ein ähnlicher Wandel wie in Frankreich: man begann sich für historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft deutscher Provenienz zu interessieren. Ins Italienische übersetzt wurden nunmehr Werke wie *Savignys* „System des heutigen Römischen Rechts" und die Pandektenrechtslehrbücher von *Karl Ludwig Arndts* und *Bernhard Windscheid;* und das Genre des Kommentars, dem das Odium der nunmehr glücklich überwundenen exegetischen Schule anhaftete, trat in den Hintergrund.

Anders als in Frankreich verschwand es aber nicht. Das lag an der fortdauernden Verbindung zur deutschen Rechtswissenschaft und der dadurch vermittelten Kenntnis auch des Kommentars moderner deutscher Prägung. Deutsche Kommentare wurden zur Vorbereitung des *Codice civile* von 1942 herangezogen,[122] und 1943 begann ein italienischer Großkommentar, herausgegeben von *Antonio Scialoja* und *Giuseppe Branca,* zu erscheinen.[123] Zu einer Explosion der Kommentarliteratur in Italien kam es aber nicht bereits infolge des Inkrafttretens des neuen *Codice civile,* sondern erst seit den 1970er Jahren. Offenbar wurde, wie *Francesco Paolo Patti* schreibt,[124] der Kommentar auch in Italien als besonders geeignete Literaturform betrachtet, die wünschenswerte Verbindung zwischen Theorie und Praxis zu gewährleisten und, zudem, durch Einbindung der zunehmenden Zahl außerhalb der Kodifikation stehenden privatrechtlichen Einzelgesetze, dem als krisenhaft empfundenen Phänomen der „decodificazione" entgegenzuwirken.

---

[120] Einzelheiten bei *F.P. Patti,* Kommentare zum italienischen Zivilgesetzbuch: Geschichte, Struktur und Funktion, in diesem Band, 61–86.

[121] Details bei *Patti,* Italien (Fn. 120), 63–66.

[122] *Patti,* Italien (Fn. 120), 68.

[123] Commentario del codice civile, seit 1940.

[124] *Patti,* Italien (Fn. 120), 69.

Heute gibt es mit *Scialoja/Branca* (fortgeführt zunächst von *Francesco Galgano* sowie nunmehr von *Giorgio De Nova*) und mit einem seit 1987 hinzugekommenen Werk von *Piero Schlesinger*[125] (fortgeführt von *Francesco Busnelli*) zwei wahre Kommentarungetüme; beide umfassen mehr als einhundert Bände von zum Teil monographischem Charakter, beide sind bis heute nicht abgeschlossen und bringen jährliche Neuauflagen einzelner Bände auf den Markt. Hinzu kommen seit 1991 bzw. 2009 zwei weitere Großkommentare, die von *Paolo Cendon* bzw. *Enrico Gabrielli* herausgegeben werden.[126] Sie sind weniger ausufernd und folgen stringenteren Vorgaben, was Kohärenz und Erscheinungsweise betrifft. Am anderen Ende der Skala steht als Pionier unter den Kurzkommentaren der vom Palandt inspirierte *Cian/Trabucchi* (von dem es einen speziell für das Rechtsanwaltsexamen hergerichteten und deshalb auf Referenzen zur Rechtsprechung beschränkten Zwilling gibt),[127] dem inzwischen weitere Kurzkommentare zur Seite getreten sind, darunter ein (heute) zweibändiger von *Pietro Rescigno* und der dreibändige von *Guido Alpa* und *Vincenzo Mariconda.*[128] Von mittlerer Länge ist der heute neunbändige Kommentar von *Giovanni Perlingieri.*[129]

Diese Fülle von Kommentaren, an denen womöglich noch größere Heerscharen von Wissenschaftlern mitarbeiten[130] als in Deutschland, ist umso erstaunlicher, als sie zu einer ebenfalls abundanten Enzyklopädie- und Handbuchliteratur hinzutritt. Beide Literaturtypen reichen auf die Zeit der Krise der exegetischen Schule zurück und sind für die italienische juristische Literatur lange Zeit prägend gewesen. So begannen in den 1880er Jahren sowohl die „Enciclopedia giuridica italiana“ als auch „Il digesto italiano“ zu erscheinen, das eine Werk aus 50 Bänden bestehend und unvollendet, das andere aus 49 Bänden und mit dem Stichwort „Zucchero e i suoi succedanei“ im Jahre 1921 vollendet.[131] Hinzu kamen später weitere vielbändige Enzyklopädien, darunter der „Nuovo digesto italiano“ (1937–1940), der „Novissimo digesto italiano“ (1957–1975), der „Digesto delle disciplice privatistiche“ (seit 1988)

---

[125] Il Codice civile: Commentario, seit 1970.

[126] *P. Cendon* (Hg.), Commentario al codice civile, 7 Bde., 1991, 26 Bde., 2008–2010; *E. Gabrielli* (Hg.), Commentario del codice civile, 34 Bde., 2009–2015.

[127] *G. Cian/A. Trabucchi* (Hg.), Commentario breve al codice civile, 1981; heute 13. Aufl., 2018. Der Zwilling erscheint als „Complemento giurisprudenziale: edizione per prove concorsali ed esami“.

[128] *P. Rescigno* (Hg.), Codice civile, 2 Bde., heute 10. Aufl., 2018; *G. Alpa/ V. Mariconda* (Hg.), Codice civile commentato, 3 Bde., heute 3. Aufl., 2013.

[129] *G. Perlingieri* (Hg.), Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 9 Bde., heute 3. Aufl., 2010.

[130] In Italien sind die für das 20. Jahrhundert erwähnten Kommentare von Hochschullehrern gegründet worden, die aber auch fast immer erfolgreiche Rechtsanwälte sind. Auch die Bearbeiter sind fast nur Hochschullehrer (die in der Regel auch als Rechtsanwälte tätig sind); im Kommentar von *Schlesinger* haben aber auch Richter und Notare mitgewirkt.

[131] Il digesto italiano, Turin, 1884–1921.

und die „Enciclopedia giuridica Treccani" (seit 1991). Zu den bekanntesten vielbändigen systematischen Darstellungen des Zivilrechts (*trattati* = Handbücher oder Großlehrbücher) zählen das von *Massimo Bianca* verfasste „Diritto Civile" und der von *Pietro Rescigno* herausgegebene „Trattato di diritto privato".[132] Daneben gibt es natürlich kürzere Lehrbücher (*manuali*) und, wie in Frankreich, Ausgaben des *Codice civile* „annotato con la giurisprudenza".

Im Allgemeinen scheint der akademische Wert von Kommentaren in Italien nicht besonders hoch eingeschätzt zu werden;[133] jedenfalls kann ein junger Autor sich Ansehen nur durch das Verfassen von Monographien erwerben. Anders sieht es aus, wenn einem ausgewiesenen Kenner einer bestimmten Materie zum Beispiel ein Band des *Scialoja/Branca* anvertraut wird – wobei aber die Grenzen zwischen der Publikation eines solchen Kommentarbandes und einer Monographie durchaus fließend sind. Anders als in Deutschland werden Kommentare (wie juristische Literatur allgemein) in Gerichtsurteilen nicht zitiert. Dadurch wird die Vermittlerfunktion von Kommentaren in gewisser Weise frustriert; sichtbar ist sie jedenfalls nur insoweit als, umgekehrt, Kommentare die Rechtsprechung zitieren und auswerten. Gleichwohl ist der Kommentar im italienischen Recht ein vergleichsweise erfolgreiches juristisches Diskursmedium, während die herkömmlichen Literaturformen der *trattati* und der Enzyklopädien den Bedürfnissen des Marktes nicht mehr sehr gut entsprechen und sich demgemäß offenbar im Niedergang befinden. Jedenfalls was den Niedergang der *trattati* betrifft, bestehen Parallelen zum deutschen *und* französischen Recht.

VI. Kommentare zum *Burgerlijk Wetboek*

Auch in der niederländischen und spanischen Privatrechtsentwicklung war zunächst die französische Prägung dominant, bevor sich dann andere Einflüsse geltend machten, darunter vor allem der deutsche. Das *Burgerlijk Wetboek* von 1838 entsprach weithin dem *Code civil,* und so waren auch die ersten Erläuterungswerke stark vom französischen Recht und von einer exegetischen Herangehensweise geprägt.[134] Das wichtigste von ihnen war *Gerhardus*

---

[132] *M. Bianca,* Diritto civile, 7 Bde. (einige von ihnen in erster, andere in zweiter, dritter, fünfter oder sechster Auflage), 1993–2017; *P. Rescigno* (Hg.), Trattato di diritto privato, 2. Aufl., 22 Bde., seit 1995.

[133] Dazu und zum Folgenden *Patti,* Italien (Fn. 120), 81–84.

[134] *J. Jansen,* Der Blaue Engel und die Grüne Reihe: Die Rolle des Kommentars in der niederländischen privatrechtlichen Publikationskultur, in diesem Band, 87–106. Überblick über die niederländische Literatur seit 1820 (als zunächst noch der *Code civil* unmittelbar galt) bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts bei *Kooiker,* Lex Scripta Abrogata (Fn. 81), 408–436. Er unterscheidet, was die Rechtsquellenlehre betrifft, zwischen einer Groninger und einer Leidener Schule.

Diephuis „Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek“, das schon in seinem Titel die Inspiration durch *Touiller,* „Le droit civil suivant l'orde du Code“, zeigt.[135] Mit *Diephuis* begann dann freilich auch der Übergang zu einer von der Historischen Schule angeregten systematischen statt an der Reihenfolge der Gesetzesnormen ausgerichteten Darstellung, wie sie in seinem Handbuch „Het Nederlandsch Burgerlijk Regt“[136] geboten wurde. An der Abfolge der Gesetzesartikel ausgerichtet (die, anders als bei *Diephuis,* in der Regel auch mit abgedruckt wurden), gleichwohl aber auch systematisch orientiert waren die Werke zweier anderer bedeutender niederländischer Privatrechtler des 19. Jahrhunderts*, C. W. Opzoomer* und *N. K. F. Land.*[137] Im 20. Jahrhundert verstand sich dann das fünfteilige Werk von *Adriaan Pitlo,* das unter dem Titel „Het Nederlands Burgerlijk Wetboek“ seit 1946 erschien, als Kommentar.[138] *Jelle Jansen* klassifiziert es als Lehrbuch.[139] *Pitlo* folgte jedoch soweit wie möglich der Legalordnung und druckte die jeweils behandelten Artikelnummern fett am Rand der Seite ab. Gewisse kommentarartige Züge trägt auch die Standardhandbuchreihe zum niederländischen Recht, „Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht“.

Zum neuen niederländischen *Burgerlijk Wetboek,* von dem zentrale Teile 1992 in Kraft getreten sind, gibt es im Wesentlichen (nur) zwei Kommentare,[140] beide aus dem Hause Wolters Kluwer (wo auch die Asser-Reihe erscheint): Die *Groene Serie* (Grüne Reihe), die ihren Ursprung in einer vielbändigen Loseblattsammlung hat (drei Bände, zum Beispiel, zum Recht der unerlaubten Handlungen), heute aber nur noch online erscheint.[141] Eher dem Genre der Kurzkommentare entsprechen die Bände „Tekst en Commentaar” zu den verschiedenen Teilen des *Burgerlijk Wetboek* (in den Niederlanden als „Blauer Engel“ bekannt; der Verlag bewirbt sie mit den beiden Aussagen „Meest geliefd. Meest gebruikt“).[142] Inspiriert ist diese von dem Leidener

---

[135] 8 Bde., Groningen, 1844–1855.

[136] 13 Bde., Groningen, 1869–1890. Diephuis war Professor in Groningen.

[137] *C. W. Opzoomer,* Het Burgerlijke Wetboek, verklaard, 16 Teile, Amsterdam, 1874–1911; *N.K.W. Land,* Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 5 Teile, Haarlem, 1889–1894. Opzoomer und Land waren Professoren in Utrecht bzw. Groningen.

[138] Vgl. das Vorwort von *A Pitlo* in: ders./G. Meijling, Het Personenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, 2. Aufl., 1950.

[139] *J. Jansen,* Niederlande (Fn. 134), 97.

[140] Ein dritter, 2010 in erster und 2020 in zweiter Auflage erschienener (kurzer) Kommentar hat sich nach Angaben von *J. Jansen,* Niederlande (Fn. 134), 102 f. jedenfalls bislang in Praxis und Wissenschaft nicht durchgesetzt.

[141] Die *Groene Serie* besteht heute aus 14 Teilen; derjenige zum Erbrecht, zum Beispiel, wird von *T.J. Mellema-Kranenburg* herausgegeben. Auf der Verlagshomepage wird das Werk als „[g]ezaghebbend artikelsgewijs commentaar“ beschrieben.

[142] Zum Erbrecht vgl. etwa *W. D. Kolkman/B.E. Reinhartz/L. C.A. Verstappen/I.J.F.A. van Vijfeijken,* Tekst & Commentaar: Erfrecht civiel en fiscaal, 7. Aufl., 2018.

Professor *Hans Nieuwenhuis* ins Leben gerufene Kommentarreihe offenbar vom deutschen „Jauernig".[143] Wie in Frankreich gibt es auch in den Niederlanden eine annotierte Ausgabe des *Burgerlijk Wetboek;* seit 2007 erscheint sie nur noch online unter dem Namen „Lexplicatie".[144]

VII. Kommentare zum *Código civil*

1. Código civil español

Spanien hatte, als das Zivilgesetzbuch von 1889 entstand, schon eine lange Tradition der wissenschaftlichen Kommentierung einheimischer Gesetze, wie insbesondere der *Siete Partidas,* der *Leyes de Toro* und der *Nueva Recopilación.*[145] Gleichwohl schauten die Autoren der ersten Welle von Kommentaren, die zum *Código civil* entstanden, auch nach Frankreich (also auf *Toullier, Duranton, Demolombe* und andere Autoren), was angesichts der starken Prägung dieses Gesetzbuches durch das französische Recht insbesondere im Bereich des Vermögensrechts auch durchaus nahelag. Die spanischen Kommentare des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts, darunter einer in zwölf Bänden von *José María Manresa Navarro* und ein weiterer in 25 Bänden von *Quintus Mucius Scaevola,*[146] lassen sich damit als späte Frucht der *École de l'exégèse* betrachten.

Es folgte dann eine Zeit der Flaute, die *Bruno Rodríguez-Rosado* auf die Erwartung der spanischen Juristen zurückführt, es werde zu einer Neukodifikation des spanischen Privatrechts kommen.[147] Erst im Anschluss an eine Reform von 1974, die weitergehenden Hoffnungen eine Absage erteilte, erschienen wieder zahlreiche Kommentare, darunter seit 1978 ein von *Manuel Albaladejo* herausgegebener in 38 Bänden,[148] mehrere Kurzkommentare, ein vom Justizministerium aus Anlass des einhundertsten Geburtstages des *Códi-*

---

[143] Dazu *J. Jansen,* Niederlande (Fn. 134), 102.

[144] *J. Jansen,* Niederlande (Fn. 134), 92 (Fn. 18).

[145] Dazu *B. Rodríguez-Rosado,* Juristische Kommentare in Spanien, mit besonderer Berücksichtigung des Zivilrechts: Erfolg und Misserfolg eines Modells, in diesem Band, 107–121. Auch *J. Stagl,* Juristische Kommentare in Lateinamerika: Behagen und Unbehagen in der Kodifikation, in diesem Band, 123–149, bezieht sich auf die frühneuzeitliche spanische Kommentartradition und hebt insbesondere den Kommentar des *Gregorio López* zu den *Siete Partidas* hervor (von *López* selbst als Glosse bezeichnet).

[146] *J. M. Manresa Navarro,* Comentarios al Código civil español, 12 Bde., Madrid, 1890–1907; *Quintus Mucius Scaevola,* Código civil comentado y concordado extensamente, 25 Bde., Madrid, seit 1889 in verschiedenen Auflagen. Manresa Navarro war Richter, hinter dem Pseudonym Quintus Mucius Scaevola stecken offenbar zwei Anwälte.

[147] *Rodríguez-Rosado,* Spanien (Fn. 145), 112.

[148] Comentarios al Código civil y compilaciones forales, 1978–2002.

go civil initiierter und zwei vor allem auf die Rechtsprechung bezogene.[149] Im Jahre 2011 erschien in erster und 2016 in zweiter Auflage ein neuer, vierbändiger Kommentar,[150] 2013 der Kommentar von *Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano* in neun Bänden.[151] In all diesen Werken, vor allem aber den beiden zuletzt genannte, ist der Einfluss der deutschen Kommentarkultur deutlich spürbar[152] – wie denn insgesamt die deutsche Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die spanische prägte.[153] Spanien ist also mit Kommentaren zu seiner Zivilrechtskodifikation üppig ausgestattet. Wenn *Bruno Rodríguez-Rosado* gleichwohl keine reine Erfolgsgeschichte erzählt, so liegt das daran, dass Kommentare in Spanien eine deutlich geringere Bedeutung haben als in Deutschland und deshalb auch nur selten mehrere Auflagen erleben. Hierfür wiederum seien einerseits die ausgeprägte Trennung zwischen Theorie (und einer stark theoretisch orientierten Ausbildung) und einer weitgehend unwissenschaftlichen Praxis verantwortlich; und andererseits die Tatsache, dass die Zivilrechtslehre sich nicht an der Struktur des *Código civil,* sondern am Pandektensystem orientiere.[154]

2. *Código civil português*

In kuriosem Kontrast zur spanischen steht übrigens die wenig entwickelte Kommentarlandschaft in Portugal.[155] Hier gibt es zum *Código civil* von 1966 einen mehrbändigen Kommentar, der von zwei Vätern dieser Kodifikation herausgegeben wurde, inzwischen aber veraltet ist und nicht mehr neu aufgelegt wird.[156] Vor einigen Jahren begann die Católica Lisbon School of Law mit der Herausgabe eines neuen Kommentars, der jedoch bislang unvollendet ist.[157] Im Übrigen gibt es nur einen Praktikerkommentar in einem Band[158] und einen ebenfalls akademisch wenig anspruchsvollen Kommentar in zwei Bänden.[159]

---

[149] Vgl. die Angaben bei *Rodríguez-Rosado,* Spanien (Fn. 145), 113 f.

[150] *A. Cañizares Laso/J. Orduña Moreno/P. de Pablo Contreras/R. Valpuesta Fernández,* Código civil comentado.

[151] *R. Bercovitz Rodríguez-Cano* (Hg.), Comentarios al Código, 2013.

[152] *Rodríguez-Rosado,* Spanien (Fn. 145), 117 f.

[153] Beispielhaft kann hingewiesen werden auf *C. Eckl,* Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht, 2007.

[154] *Rodríguez-Rosado,* Spanien (Fn. 145), 120. – Die spanischen Kommentare des 20. Jahrhunderts sind weit überwiegend Professorenkommentare.

[155] Ich danke Fernando Oliveira e Sá, Lissabon, für seine Hinweise.

[156] *F.A. Pires de Lima/J. de M. Antunes Varela,* Código civil anotado, 6 Bde. (seit 1967); teilweise ist es bei der 1. Aufl. geblieben, andere Bände sind bis zur 2. oder 4. Aufl. fortgeführt worden. Antunes Varela war Justizminister zur Zeit des Erlasses des neuen *Código civil,* Pires de Lima war Mitglied der Redaktionskommission.

[157] Comentário ao Código civil, Parte Geral, 2014, Direito das Obrigações, das Obrigações em Geral, 2019. Für 2020 sind zwei weitere Bde. angekündigt.

[158] *A. Neto,* Código civil anotado, 20. Aufl., 2018.

VIII. Zwischenfazit

Soweit der Überblick über die Kommentarkultur derjenigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, die normalerweise im Rampenlicht der Rechtsvergleichung stehen. Erheblichen Einfluss auch außerhalb Frankreichs haben zunächst die der *École de l'exégèse* zugeordneten Kommentare gehabt (Belgien, Italien, Niederlande, Spanien). Später machte sich in vielen Ländern der Einfluss der deutschen Kommentarkultur geltend (Schweiz, Italien, Niederlande, Spanien). Frankreich und Belgien sind die große Ausnahme insoweit, als es dort eine zweite Welle von Kommentaren im 20. Jahrhundert nicht gab. Zwischen der ersten und der zweiten Welle besteht vielfach (Italien, Niederlande, Spanien) ein deutlicher Einschnitt, der offenbar mit dem Einfluss der Historischen Schule zu tun hat.

Es gibt verschieden inszenierte Kommentare: mit Abdruck des Gesetzestextes oder ohne, oder auch mit den Nummern der jeweils kommentierten Norm am Rand der Seite abgedruckt; verfasst unter Verwendung eines komplexen Systems von Abkürzungen oder voll ausgeschrieben; Kommentierung Norm für Norm oder bezogen jeweils auf größere Abschnitte; Gliederung nach der Legalordnung oder nach Sachgesichtspunkten; auf die Exegese des Gesetzeswortlauts fokussiert oder Rechtsprechung bzw. Rechtsprechung und Literatur verarbeitend; mitunter auch die Grenzlinien zu Lehrbuch, Handbuch oder Monographie verwischend. Es gibt Kommentare, die in erster Linie die Ausbildung oder die juristische Praxis im Auge haben und solche, die (auch) einen Beitrag zum akademischen Diskurs leisten wollen; es gibt einbändige, zweibändige und vielbändige Kommentare; es gibt Kommentare, die Fragment geblieben sind, die gelegentlich oder regelmäßig neu aufgelegt werden, oder die ein *monumentum aere perennio* darstellen. Hinzugekommen sind in manchen Ländern Online-Kommentare, so etwa in Deutschland der beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht. Zumeist erscheinen freilich die traditionellen Print-Kommentare auch in einer Online-Version;[160] umgekehrt gibt es Online-Kommentare, die gelegentlich in einer Print-Version erscheinen.[161] Und schließlich gibt es Kommentare, die nur in einer Print-Version erscheinen, darunter in Deutschland vor allem der Palandt, in Italien unter anderem

[159] *A.M. Correia Rodrigues Prata* (Hg.), Código civil anotado, 2 Bde., 2. Aufl., 2019.

[160] Das gilt etwa in Deutschland für den Münchener Kommentar und den Staudinger. Auch in Österreich, der Schweiz und Spanien sind so gut wie alle Kommentare zu der jeweiligen Zivilrechtskodifikation als Buch und online verfügbar; dasselbe gilt für Polen (vgl. unten X.1. und den Beitrag von *W. Dajczak,* Juristische Kommentare in Polen: Ausländische Standards und die Suche nach einem eigenen Stil, in diesem Band, 175–202. Anders ist die Lage in Italien.

[161] So der BeckOK-BGB; gedruckt zuletzt erschienen als *H.G. Bamberger/H. Roth/ W. Hau/R. Poseck* (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2019. Eine Printausgabe gibt es auch von dem ABGB-ON (Fn. 66).

Cian/Trabucchi und Schlesinger. In den Niederlanden erscheint die „Grüne Reihe" nur noch online, der „Blaue Engel" dagegen als Buch (und wird in erster Linie auch als solches benutzt), zusätzlich aber auch online. Inwieweit Online-Kommentare sich international durchsetzen werden, ist momentan schwer zu beurteilen; vermutlich wird es mittelfristig dabei bleiben, dass auch Print-Versionen erscheinen, möglicherweise als „print on demand". Für seinen Online-Großkommentar wirbt der Beck-Verlag damit, dass jede Vorschrift im Rhythmus von drei Monaten *à jour* gebracht wird; in kleineren Jurisdiktionen (Österreich, Schweiz) würde ein derartiger Rhythmus vermutlich nicht umsetzbar sein.

Dem Standard entsprechen heute Kommentare nach dem österreichisch-deutschen (und schweizerischen) Modell, die den Gesetzestext mit abdrucken und in der einen oder anderen Form (insbesondere durch Fettdruck) hervorheben, die über diesen Gesetzestext aber hinausweisen und Rechtsprechung und Rechtswissenschaft mit einbeziehen: dies jedoch nicht im Sinne einer bloßen „Materialiensammlung", sondern, jedenfalls dem Anspruch nach, in eigenständiger Verarbeitung und systematischer Ordnung. Gleichwohl variiert die Bedeutung der Kommentare ebenso wie ihr Ansehen: nicht besonders bedeutsam in Spanien, Portugal oder den Niederlanden, nicht besonders angesehen in Italien, zentrales juristisches Diskursmedium in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Der Schnelllebigkeit unserer Zeit entsprechend werden moderne Kommentare nicht mehr von einem, sondern von mehreren, vielen oder sehr vielen Autoren geschrieben.[162]

In Frankreich und Belgien starb die Literaturform des Kommentars mit dem Ende der *École de l'exégèse;* ein sehr zaghaftes Wiederaufkeimen finden wir erst in allerjüngster Zeit. Vergleichsweise unterentwickelt ist die Kommentarkultur in den Niederlanden und in Portugal, hypertroph dagegen in Deutschland und Italien, zur Hypertrophie neigend auch in Spanien und (angesichts der geringen Größe des Landes oder Landesteils) Österreich und in der Deutschschweiz. In Deutschland war das Schreiben von Kommentaren bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein vor allem Sache von Praktikern, und auch heute betätigen sich viele akademisch interessierte Prak-

[162] Kommentare „aus einer Hand", wie etwa in der Frühzeit zum ABGB (von Zeiller, Nippel, Winiwarter, auch noch von Kirchstetter und Pfaff/Hofmann) oder des *Code civil* (die Kommentare der *École de l'exégèse*), gibt es heute kaum noch. Selbst der Kurzkommentar von Jauernig wird von fünf Personen bearbeitet, derjenige von Koziol/Bydlinski/Bollenberger sogar von nicht weniger als 21 Personen. Das Verzeichnis der Kommentatorinnen und Kommentatoren des Staudinger listet fast 200 Namen; der Staudinger ist also, wie auch die Großkommentare in Österreich, der Schweiz, Italien und Spanien, ein formidables Großunternehmen. Online-Großkommentare, wie etwa derjenige von C.H. Beck, sprengen auch dieses Maß. Er wird damit beworben, dass über 400 Autoren auf umgerechnet etwa 50.000 Seiten alle wichtigen Gesetze zum Zivilrecht kommentieren.

tiker als Kommentatoren.[163] In Österreich hat demgegenüber das Phänomen kommentierender Professoren eine deutlich längere Tradition. Auch viele Kommentatoren des *Code civil* zur Zeit der *École de l'exégèse* waren Professoren. In Italien und Spanien sind an Kommentaren so gut wie ausschließlich Professoren beteiligt. Dem Aufstieg des Kommentars (und des Kurzlehrbuchs) entspricht in Deutschland und Italien der Niedergang der Großlehrbücher/Handbücher bzw. *trattati.* Auch in Frankreich werden die traditionell einflussreichen, vielbändigen *traités* durch moderne, systematische Lehrbuchliteratur zurückgedrängt. Manche Funktionen der Kommentarliteratur erfüllen in Frankreich und Italien juristische Enzyklopädien – ein Literaturtyp, der in anderen Ländern (Österreich, Deutschland, Schweiz, Niederlande, Spanien, Portugal) unbekannt oder so gut wie unbekannt ist. Bemerkenswert ist auch die Tatsache, dass es in keinem der hier behandelten Länder (außer durch das Buch von *Kästle-Lamparter* in Deutschland) zu einer nennenswerten Reflexion über das Phänomen juristischer Kommentare gekommen zu sein scheint.

Monokausale Erklärungen für die sehr diverse moderne Kommentarlandschaft in den kontinentaleuropäischen Ländern gibt es nicht. Die Niederlande und Österreich sind vergleichsweise kleine Jurisdiktionen, und doch gibt es in der einen eine blühende Kommentarlandschaft, in der anderen nicht. Juristische Enzyklopädien sind in Frankreich und Italien verbreitete Wissensspeicher, existieren aber in dem einen Land neben einer üppigen Vielzahl von Kommentaren, in dem anderen nicht. Deutscher Einfluss trug in Italien und Spanien zum Aufblühen von Kommentarliteratur bei, während in den Niederlanden und in Portugal trotz ebenfalls erheblichem Einfluss deutschen Rechts und Rechtsdenkens von einem Aufblühen keine Rede sein kann. Kommentare können charakteristischer Ausdruck eines intensiven Austauschs von Theorie und Praxis sein (Deutschland), sie können dazu dienen, eine als krisenhaft empfundene Trennung beider Bereiche zu überwinden (Italien), sie können aber auch ganz ungeachtet einer bestehenden Trennung von (unpraktischer) Theorie und (unwissenschaftlicher) Praxis geschrieben werden (Spanien). In Deutschland wird juristische Literatur (einschließlich der Kommentare) in Gerichtsentscheidungen zitiert, in Frankreich nicht. Das mag ein Grund dafür sein, dass Kommentare in Deutschland eine verbreitete Literaturform sind – ihre Autoren können sich über die Rechtsprechung Einfluss auf die Rechtsentwicklung erhoffen –, in Frankreich dagegen (so gut wie) inexistent sind. Doch werden in Italien in überreichem Maße Kommentare geschrieben, obwohl sie in Gerichtsentscheidungen nicht zitiert werden. Unmittelbar benachbarte Jurisdiktionen, die zudem demselben Rechtskreis angehören, können einander, was die Kommentarkultur betrifft, stark ähneln (Deutschland/

[163] So sind unter den Autoren des Staudinger, d.h. des (aus heutiger Sicht) akademischen Kommentars zum deutschen Privatrecht schlechthin, ein gutes Viertel Praktiker. Zum Palandt vgl. oben Fn. 4.

Österreich/Schweiz), sie können sich aber auch stark voneinander unterscheiden (Spanien/Portugal). Kommentare sind in Ländern verbreitet, in denen die jeweils geltende Zivilrechtskodifikation dem die Lehre beherrschenden Pandektensystem entspricht (Deutschland) und in denen dies nicht der Fall ist (Österreich, Spanien). Der Erlass, oder unmittelbar bevorstehende Erlass, einer Kodifikation ist häufig Auslöser für das Entstehen von Kommentaren (Paradebeispiel sind Deutschland mit seinem BGB von 1900 und die Schweiz mit ihrem Zivilgesetzbuch von 1912), aber nicht immer (Italien im Hinblick auf den *Codice civile* von 1942). Das Fortbestehen einer Kodifikation kann mit dem Fortbestehen einer Kommentarliteratur korrespondieren (Österreich) oder auch nicht (Frankreich).

IX. Kommentare in kontinentaleuropäisch geprägten Ländern außerhalb Europas

1. Zivilgesetzbücher von Chile, Brasilien und Argentinien

Juristische Kommentare werden nicht nur in Ländern geschrieben, die dem romanischen oder dem deutschen Rechtskreis Kontinentaleuropas angehören. Die europäische Rechtskultur, und damit auch die dort vorhandenen Kommentarkulturen, haben eine Vielzahl von Regionen außerhalb Europas geprägt. Lateinamerika und Japan bieten zwei in diesem Band behandelte Beispiele. Eine der bedeutendsten und einflussreichsten Kodifikationen Lateinamerikas ist der chilenische *Código civil* von 1855. Er stammt von *Andrés Bello,* einem der herausragenden Gelehrten seiner Zeit,[164] der sich vor allem auf römisches Recht, unmittelbar sowie vermittelt durch die *Siete Partidas,* aber auch auf Werke wie *Savignys* „System des heutigen Römischen Rechts" stützte, zudem auf zeitgenössische europäische Rechtsordnungen, darunter insbesondere den *Code civil.* Obwohl die chilenische Kodifikation bis heute in Kraft ist und in einer Reihe lateinamerikanischer Staaten rezipiert wurde (etwa in Kolumbien und Ecuador), ist sie doch nicht Gegenstand einer nennenswerten Kommentarliteratur geworden; nach *Stagl* gibt es bis heute keinen vollständigen Kommentar zu diesem Gesetzbuch.[165] Statt dessen sei (neben Monographien) das große Lehrbuch zur Hauptform der chilenischen Zivilistik geworden und bis heute geblieben. Das mag an einem zeitweise starken Einfluss französischer Rechtskultur liegen, aber auch daran, dass die chilenische Zivilistik sich vom *Código civil* (oberste Gliederungsebene: Personenrecht, Sachenrecht, Erbrecht und

[164] Zu ihm *I. Jaksic,* Andrés Bello, 2001; *J. Kleinheisterkamp,* Development of Comparative Law in Latin America, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl., 2019, 252–288, 263 f.

[165] *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 136.

Schenkungen, Schuldrecht) teilweise emanzipierte.[166] Der auch in Chile durchaus spürbare deutsche Einfluss hat sich bislang vor allem in der monographischen und Lehrbuchliteratur geltend gemacht. In jüngster Zeit sind allerdings zwei Autoren mit historisch orientierten Kommentarprojekten auf den Plan getreten (und knüpfen damit in gewisser Weise an den Geist an, in dem der chilenische *Código civil* einst geschaffen wurde – eines Gesetzbuches, das die Quelle des Rechts nicht in sich trägt, sondern aus der Tradition lebt, in der es steht)[167]. Es handelt sich zum einen um eine „Edición crítica, concordada, comentada y anotada“, die unter dem Titel „El Código civil: Su jurisprudencia e historia“ erscheint und großen Wert legt auf die Gesetzgebungsgeschichte des jeweils kommentierten Artikels sowie auf „Quellen und Kontext“.[168] Zum anderen hat *Carlos Amunátegui Perelló* eine mit Angabe der historischen Quellen versehene Ausgabe des chilenischen *Código civil* vorgelegt,[169] die perspektivisch zu einem historischen Kommentar ausgebaut werden soll. Ihm steht dabei durchaus auch der Historisch-kritische Kommentar zum BGB als Vorbild vor Augen.[170]

Ganz anders ist das Bild in Brasilien und Argentinien. Beide Länder haben ihr Zivilrecht kürzlich einer Totalrevision unterzogen. In Brasilen ist die Kodifikation von 1916 durch einen *Código civil* von 2002 ersetzt worden,[171] in Argentinien die Kodifikation von 1869 durch einen *Código civil y comercial* (also ein einheitliches Zivil- und Handelsgesetzbuch) von 2015.[172] Der brasilianische *Código civil* von 1916 war einerseits der einheimischen Rechtstradition verbunden gewesen, hatte andererseits aber auch Anleihen bei einer Vielzahl der zeitgenössischen europäischen Kodifikationen genommen; insbesondere war er in erheblichem Umfang von deutscher Rechtswissenschaft (*Savigny, Jhering*) und vom BGB beeinflusst worden.[173] Das zeigt sich etwa an seinem Aufbau nach dem Pandektensystem mit einem Allgemeinen Teil an der Spitze. Dieser Allgemeine Teil ist nach wie vor ein prägendes Merkmal des

[166] So *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 136 f.

[167] Formuliert in Anlehnung an *H. H. Jakobs,* Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, 1983, 160. Für Chile und die Herangehensweise von Bello vgl. *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 132 f.

[168] Autor ist *J. Barrientos Grandon;* erschienen sind bisher zwei Bde., 2016. Aufgelistet werden zunächst „Concordancias“; die Kommentierung zerfällt in der Regel in zwei Teile: *Observaciones* (unterteilt wiederum in 1. *Historia* und 2. *Fuentes y contexto*) und *Jurisprudencia.*

[169] Código civil de Chile: Edición anotada, concordada y con fuentes, 2019.

[170] Persönliche Mitteilung des Autors.

[171] Dazu umfassend *J. P. Schmidt,* Zivilrechtskodifikation in Brasilien, 2009.

[172] Dazu z.B. *M. Gonzalo Casas,* Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform, ZEuP 25 (2017), 68–101, 80–84; *A. Parise,* The Argentine Civil and Commercial Code (2015): Igniting a Third Generation of Codes for Latin America, ZEuP 25 (2017), 639–668.

[173] *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 171), 48–56.

brasilianischen Zivilrechts, denn der *Código civil* von 2002 gleicht strukturell seinem Vorgänger.[174] Der erste Kommentar zum *Código civil* von 1916 stammt vom Verfasser des dem Gesetzbuch zugrundeliegenden Entwurfs, *Clóvis Beviláqua*[175] (hier liegt insoweit eine Parallele zu Österreich, zu *Bluntschli* und seinem Gesetzbuch für den Kanton Zürich, und zu Portugal)[176]; er wurde in mehreren Auflagen bis zum Jahre 1959 fortgeführt und blieb nicht der einzige Kommentar.[177] Die Neukodifizierung führte dann zum Erscheinen einer Reihe von Kommentaren unterschiedlicher Güte, Ausführlichkeit und Aktualität.[178] Nach *Stagl* lässt sich damit für Brasilien „von einer echten Kultur des Kommentars" sprechen, und verantwortlich sein könnte dafür die starke Verbindung zwischen brasilianischem und deutschem Zivilrecht.[179]

In Argentinien gab es zunächst nur relativ wenige und teilweise recht kurze Kommentare zum *Código civil* von 1869.[180] In den Jahren 2004 bis 2006 wurde dann freilich ein zwölfbändiger Großkommentar vorgelegt, herausgegeben unter anderen von *Ricardo Luis Lorenzetti.*[181] *Lorenzetti* wurde später Präsident des Obersten Gerichtshofs von Argentinien und Vorsitzender der Kommission zur Vorbereitung der Neukodifikation des Zivil- und Handelsrechts.[182] In etwa gleichzeitig mit dem neuen Gesetzbuch wurde ein unter der Schirmherrschaft des argentinischen Justizministeriums herausgegebener Kommentar publiziert;[183] zudem erschienen der Kommentar von *Lorenzetti* in einer an die veränderten Umstände angepassten Neuauflage und zwei weitere Kommentare.[184] In

---

[174] Zum Pandektensystem in den brasilianischen Kodifikationen, insbesondere zum Allgemeinen Teil im alten und neuen Gesetzbuch ausführlich *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 171), 299–387. Der Allgemeine Teil des neuen Zivilgesetzbuchs ähnelt dem des alten, hat aber wichtige Erweiterungen erfahren. Im Übrigen ist die Reihenfolge der Bücher des Besonderen Teils geändert worden, zudem wurde ein Buch über das Unternehmensrecht aufgenommen.

[175] Zu ihm *Schmidt,* Zivilrechtskodifikation (Fn. 171), 43–48; *Kleinheisterkamp,* Development (Fn. 164), 271 f.

[176] Vgl. oben Fn. 47, 69, 156.

[177] *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 139 f.

[178] Näher *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 140 f.

[179] *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 140 f.

[180] Vgl. aber *B. Llerena,* Concordancias y comentarios del Código civil argentino, 3. Aufl., 10 Bde., 1931. Vgl. im Übrigen (auch zum Folgenden) *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 138 f.

[181] Código civil comentado: doctrina – jurisprudencia, bibliografia, 12 Bde. (2004–2006). Zuvor bereits *A. C. Belluscio/E A. Zannoni* (Hg.), Código civil y leyes complementarios comentado, anotado y concordado, 5 Bde., 1981.

[182] Zu ihm *N. Agular,* El señor de la corte: la historia de Ricardo Lorenzetti, 2017.

[183] *M. Herrera/G. Caramelo/S. Picasso* (Hg.), Código civil y commercial de la nación comentado, 6 Bde., 2015.

[184] *R. L. Lorenzetti* (Hg.), Código civil y commercial de la nación comentado, 10 Bde., 2014/2015. Weitere Kommentare: *J. C. Rivera/G. Medina* (Hg.), Código civil y comercial

der Tat scheint sich damit, stimuliert durch die Neukodifikation, der Kommentar als wichtige juristische Literaturform im 21. Jahrhundert durchzusetzen.[185] Argentinien ist stark von italienischer Einwanderung geprägt, und der italienische Einfluss hat sich auch in seiner Rechtsordnung niedergeschlagen.[186] Die argentinische Kommentarkultur könnte ein Teil dieses Einflusses sein.

2. Zivilgesetzbuch von Japan (Minpō)

Japan liegt, von Lateinamerika aus betrachtet, am anderen Ende der Welt. Auch für die Entwicklung des japanischen Zivilrechts ist jedoch die Rezeption ausländischen Rechts maßgeblich gewesen, darunter um die Jahrhundertwende und bis in die 1940er Jahre hinein insbesondere des deutschen Rechts. So ist das Zivilgesetz (*Minpō*) von 1896/1898 stark vom BGB und seinen Entwürfen geprägt (einschließlich einer Übernahme des Pandektensystems), und in den Jahren danach kam es zu einem Phänomen, das *Zentaro Kitagawa* als „Theorierezeption" bezeichnet hat und das im Wesentlichen in der Übernahme deutscher Rechtsdogmatik bestand.[187] Dabei stützten sich japanische Juristen auch auf die deutsche Kommentarliteratur; einheimische Kommentare wurden demgegenüber kaum geschrieben.[188] Das änderte sich erst in der Zeit seit Ende des Zweiten Weltkriegs, als der Einfluss des deutschen Rechts relativiert und zurückgedrängt wurde.[189] Erst jetzt begann, was sich als Blütezeit der Kommentare bezeichnen lässt und dazu geführt hat, dass, in den Worten von *Fumihiro Nagano,* Kommentare in Japan „genauso üblich sind wie in

---

de la Nación comentado, 6 Bde., 2015; *A. J. Bueres* (Hg.), Código civil y commercial de la Nación analizado, comparado y concordado, 2 Bde., 2014.

[185] So *Stagl,* Lateinamerika (Fn. 145), 139.

[186] Zum italienischen Einfluss im argentinischen Zivilrecht vgl. etwa *P. Lerner,* El Código civil italiano de 1942 y las reformas al Código civil argentino, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 35 (2002), 517–588. Zum deutschen Einfluss vgl. aber auch *V. Tau Anzoátegui,* La influencia alemana en el derecho argentino, Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas 25 (1988), 607–631.

[187] Vgl. im Überblick *Z. Kitagawa,* Development of Comparative Law in East Asia, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 1. Aufl., 2006, 237–260, 239–242.

[188] *F. Nagano,* Entwicklung und Stellenwert juristischer Kommentare in Japan: Literaturformen als Spiegel juristischer Denkweise, in diesem Band, 151–173. Nagano nennt zwei jeweils von einem Autor geschriebene Kommentare aus der Zeit des Erlasses des japanischen BGB; einer dieser Kommentare stammte von einem der Verfasser des Zivilgesetzes. Wenn *Kitagawa,* Development (Fn. 187), 240, insoweit von einer Ära der Kommentare spricht, meint er vermutlich eine eng am Wortlaut orientierte Literatur gerade auch in Form von Lehrbüchern. Dass man sich des Unterschieds von Kommentaren oder Lehrbüchern nicht recht bewusst war, betont denn auch *Nagano, loc. cit.,* 153. Vgl. auch *G. Koziol,* Juristische Methodenlehre in Japan, RabelsZ 83 (2019), 361–397, 364 f. mit ausdrücklichem Bezug auf die *École de l'exégèse* zur Charakteristik der Jurisprudenz dieser Zeit.

[189] *Kitagawa,* Development (Fn. 187), 242 f.

Deutschland".[190] Von herausgehobener Bedeutung war zunächst ein Großkommentar zum Zivilgesetz in 26 Bänden, der von 1964 bis 1987 erschienen ist; eine ähnlich groß dimensionierte Neuauflage wurde 2015 nach Erscheinen von 23 Bänden abgebrochen.[191] Statt dessen soll nunmehr in demselben Verlag ein neuer Kommentar in (nur noch) 20 Bänden erscheinen. Hinzu getreten ist eine Vielzahl weiterer zivilrechtlicher Kommentare mit jeweils unterschiedlicher Zielrichtung. So gut wie alle japanischen Kommentare sind vom Vorbild der deutschen Kommentarkultur geprägt. Das erscheint angesichts des allgemein nachlassenden Einflusses des deutschen Rechts in Japan in gewisser Weise paradox.

X. Kommentare in Transformationsstaaten

1. Kodeks cywilny (Polen)

Sowohl in Lateinamerika als auch in Japan ist die Rechtsentwicklung durch vielfältige Rezeptionsvorgänge geprägt worden. Rechtsvergleichung ist daher in beiden Regionen von ganz erheblicher, gerade auch praktischer, Bedeutung.[192] Ähnliches gilt für die Jurisdiktionen Zentral- und Osteuropas.[193] Viele der Staaten, die nach dem Ersten Weltkrieg entstanden, hatten aus unterschiedlichen Elementen zusammengesetzte, komplexe Rechtsordnungen. Sie gingen dann durch eine Zeit kommunistischer Herrschaft, die die überkommenen Traditionen zu zerstören versuchte. Nach dem Zusammenbruch des Kommunismus waren sie mit der Aufgabe einer radikalen Neuorientierung ihrer Rechte konfrontiert und suchten dabei teilweise Anschluss an ihr vorkommunistisches Erbe, teilweise aber auch an den Westen.[194] Polen bietet ein gutes Beispiel. Hier galten nach 1918 fünf verschiedene Rechte, so etwa im Süden (dem ehemaligen Kronland Galizien) das ABGB. Zu einer Rechtsvereinheitlichung kam es zunächst nur im Bereich des Schuldrechts, mit dem Obligationengesetzbuch von 1933. Erst 1964, während der kommunistischen Zeit, wurde ein vollständiges Zivilgesetzbuch verabschiedet, das sich seit einer Novellierung im Juli 1990 in einem bis heute andauernden Prozess der Anpassung an die veränderten politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse befindet.[195]

---

[190] *Nagano,* Japan (Fn. 188), 160.

[191] Dazu und zum Folgenden *Nagano,* Japan (Fn. 188), 157–160.

[192] *L. Nottage,* The Development of Comparative Law in Japan, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 201–227, 202, 226; *Kleinheisterkamp,* Development (Fn. 164), 287.

[193] *Z. Kühn,* Comparative Law in Central and Eastern Europe, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 181–200, 181 f.

[194] *Kühn,* Comparative Law (Fn. 193), 182.

[195] *Dajczak,* Polen (Fn. 160*),* 181.

Schon bevor Polen 1918 seine Souveränität wiedererlangte, gab es einen Kommentar zum ABGB in polnischer Sprache.[196] Zu einer ersten Blütezeit der Kommentare kam es in den 1930er Jahren, als in einer Vielzahl größerer und kleinerer Verlage Kommentare ganz unterschiedlichen Charakters zu einer Reihe von Gesetzen, darunter dem Obligationengesetzbuch, publiziert wurden.[197] Zum Zivilgesetzbuch von 1964 erschien ein von Richtern des Obersten Gerichtshofs (die zugleich Professoren waren) verfasster Kommentar in drei Bänden;[198] hinzu kam in den 1980 Jahren ein zweites Werk, das überwiegend von Professoren der Universität Thorn stammte.[199] Nach der Wende von 1989 kolonisierten westliche Verlage (C.H. Beck, Lexis Nexis und Wolters Kluwer) das polnische Privatrecht mit der Folge, dass dort heute eine ganz erstaunliche Vielzahl von Kommentaren existiert. So finden sich etwa im Hamburger Max-Planck-Institut fast ein halbes Dutzend Kommentare allein des polnischen Tochterunternehmens von C.H. Beck.[200] *Wojciech Dajczak* nennt vier weitere Kommentare der Tochterunternehmen von LexisNexis und Wolters Kluwer, nunmehr, seit Übernahme von LexisNexis, nur noch Wolters Kluwer.[201]

Die unter der Marke Wydawnictwo (= Verlag) C.H. Beck publizierten Kommentare entsprechen in Stil, Struktur und Aufmachung dem deutschen Vorbild, wie es insbesondere im Münchener Kommentar zum BGB verwirklicht ist. Die dominante Position zweier ausländischer bzw. internationaler

---

[196] *S. Wróblewski,* Komentarz do austiackiego kodeksu cywilnego, 2 Bde., 1904, 1918.

[197] *J. Korzonek/I. Rosenblüth,* Kodeks zobowiązań, 2 Bde., 1934/35; *L. Domański,* Instytucje kodeksu zobowiązań: Komentarz teoreyczno-praktiyczny, 1936. Näher dazu und zu anderen Kommentaren dieser Zeit *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 178 f. Dajczak weist in diesem Zusammenhang hin auf teilweise unorthodoxe Methoden der Kommentierung; so sei in dem Werk von Domański die Kommentierung nicht anhand der Vorschriften des Zivilgesetzbuchs, sondern anhand dogmatischer Themen strukturiert worden. Außerdem sei die Kommentierung in ungewöhnlichem Maße historisch orientiert gewesen.

[198] *Z. Resich et al.* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 3 Bde., 1972; zu dessen Bedeutung *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 180. Der Kommentar erschien in dem damals bestehenden staatlichen juristischen Verlag. Teilweise vergleichbar insoweit die Situation in der DDR; vgl. *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 93–95, der von einer „Monopolisierung“ der Kommentarliteratur spricht. Die vom Ministerium der Justiz herausgegebenen Kommentare zu den neu geschaffenen DDR-Kodifikationen erschienen im DDR-Staatsverlag.

[199] *J. Winiarz* (Hg.), Kodeks cywilny z komentarzem, 1980; 2. Aufl., 1989.

[200] *M. Rozwadowska-Herrmann,* Kodeks cywilny, 2. Aufl., 2007; *E. Gniewek/P. Machnikowski* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 9. Aufl., 2019 („Kodexkommentar“); *K. Pietrzykowski* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 9. Aufl., 2 Bde., 2018 („Großkommentar“); *M. Gutowski* (Hg.), Kodeks cywilny: Komentarz, 2. Aufl., 3 Bde., 2018/2019 („Großkommentar“); *K. Osajda* (Hg.), Komentarze prawa prywatnego, 11 Bde., seit 2016 (dies ist ein Kommentar zum polnischen Privatrecht, darunter vier Bände, einer in zwei Teilbänden, zum *Kodeks cywilny,* 2. Aufl., 2017).

[201] *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 184.

Verlagshäuser bedeutet, dass die heutige polnische Kommentarlandschaft „sich […] nicht als Ergebnis einer organischen Entwicklung einer nationalen Kommentartradition verstehen lässt".[202] Mit einer Wiederbelebung der vielfältigen Verlags- und Kommentarkultur der 1930er Jahre sei unter diesen Umständen eher nicht zu rechnen.[203] Natürlich haben die Kommentare ein jeweils etwas unterschiedliches Profil.[204] Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die hinter den Kommentaren stehenden Autorenkollektive sich vielfach einer auf eine Universität konzentrierten „Schule" zuordnen lassen; der Kommentar von *Gniewek/Machnikowski* ist von Autoren aus Breslau verfasst, derjenige von *Gutowski* ist im Grunde ein Posener Kommentar, die meisten der Autoren des Kommentars von *Pietrzykowski* sind in Warschau beheimatet, und *Osajda* hat ein Team von jüngeren Autoren um sich geschart, Autoren also einer neuen Generation, die in besonderem Maße offen ist für historische Zusammenhänge und europäisch-vergleichende Perspektiven.[205] Kommentare sind in Polen von großer Bedeutung für die Zivilrechtspflege;[206] sie bilden, wie etwa auch ihre deutschen Pendants, eine Brücke zwischen Theorie und Praxis. Das zeigt sich daran, dass an den meisten Kommentaren sowohl Wissenschaftler als auch Praktiker, deren besondere Kompetenz in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis hervorgehoben wird, beteiligt sind. Grundlage der Kommentierung ist, neben dem Gesetzestext, stets vor allem die (höchstrichterliche) Rechtsprechung; daneben geht es den Kommentatoren aber jedenfalls überwiegend auch um einen Beitrag zum dogmatischen Diskurs. Die neuesten Auflagen der in Polen publizierten Kommentare sind in den verlagseigenen Datenbanken „Legalis" und „Lex" verfügbar.[207]

2. *Graschdanski kodeks Rossijskoi Federazii (Russische Föderation)*

Geradezu kümmerlich neben der polnischen nimmt sich die Kommentarlandschaft in Russland aus. Anders als in Polen stellen in Russland Verlage keine „stabilen Gravitationszentren" für die Autorenkollektive der Höchstgerichte, der Universitäten und des Instituts für Staat und Recht der Russischen Akademie der Wissenschaften dar, die Kommentare verfassen.[208] Häufig werden die Verfasser eines Referenztextes als Verfasser eines Kommentars zu demselben tätig; so etwa im Falle der Kommentare zu den verschiedenen Teilen des russischen Zivilgesetzbuches (*Graschdanski kodeks Rossijskoi Federa-*

---

[202] *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 198.
[203] So *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 198.
[204] Näher *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 184 f.
[205] Persönliche Mitteilung des Herausgebers.
[206] *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 195–200.
[207] *Dajczak,* Polen (Fn. 160), 187.
[208] *A. M. Shirvindt,* Juristische Literaturlandschaft in Russland: Eine Kommentarwüste, in diesem Band, 203–226.

zii), das zwischen 1994 und 2008 in Kraft getreten ist.[209] Kommentare seien in Russland, so *Andrey Shirvindt,* „ein Mittel der Kommunikation von oben nach unten“.[210] Es spreche der kundige Höchstrichter oder Rechtswissenschaftler zu schlecht ausgebildeten Rechtsanwendern oder Laien. Simplizität sei deshalb eine Tugend. Im Übrigen strebe kein Kommentar eine vollständige Bestandsaufnahme von Rechtsprechung und Literatur auch nur an.[211] So werde in dem Studienkommentar von *Sergej A. Stepanov*[212] unter den Rubriken „Wissenschaft“ und „Rechtsprechung“ jeweils nur eine wissenschaftliche Ansicht und eine höchstrichterliche Leitlinie verzeichnet. Kommentieren wird offenbar nicht als besonders wertvolle Tätigkeit betrachtet; demgemäß werden einmal begonnene Kommentare nicht selten nicht fortgeführt. Das liegt daran und trägt gleichzeitig dazu bei, dass der Kommentar in Russland nicht zu einem Leitmedium des russischen Rechtsdiskurses geworden ist.[213] Statt auf Kommentare verlassen sich Rechtsanwender offenbar in erster Linie auf Datenbanken.[214]

XI. Kommentare im „englischen common law“

1. Blackstone und seine Nachfolger; Sir Edward Coke

„Common law“ bedeutet so viel wie „(all)gemeines Recht“, also das ursprünglich von den königlichen Gerichten geschaffene und damit im gesamten englischen Königreich geltende Recht.[215] In seinem Kern war es daher Fallrecht; und so wird der Begriff bis heute vielfach als Synonym für das in England (und seinen Tochterrechten) geltende Fallrecht[216] bzw., wegen der stilprägenden Bedeutung desselben, als Synonym für das Recht Englands (und seiner Tochterrechte) ganz allgemein,[217] verwendet. In der Tat fehlt es etwa im Privatrecht an einer Gesamtkodifikation; vielmehr wird zur Beschreibung des englischen Rechts gern auf die von *F. W. Maitland* geprägte Metapher eines „seamless

---

[209] Dazu *A. M. Shirvindt,* Reforming the Russian Civil Code – A Search for a Better Law-Making, in: Basedow/Fleischer/Zimmermann, Legislators (Fn. 98), 41–62.

[210] *Shirvindt,* Russland (Fn. 208), 216.

[211] *Shirvindt,* Russland (Fn. 208), 218.

[212] *S. A. Stepanov* (Hg.), Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii (učebno-praktičeskij), 5. Aufl., 2016.

[213] *Shirvindt,* Russland (Fn. 208), 224.

[214] *Shirvindt,* Russland (Fn. 208), 225 f.

[215] Zu den verschiedenen Bedeutungen des Begriffs „common law“ vgl. *S. Vogenauer,* Common law, in: HWBEuP (Fn. 16), 280–283.

[216] Vgl. z.B. *U. Kischel,* Rechtsvergleichung, 2015, 243 („Common law als Fallrecht“)

[217] Vgl. z.B. *Zweigert/Kötz,* Rechtsvergleichung (Fn. 79), 177 („Die Entwicklung des englischen common law“).

web“ zurückgegriffen.[218] Ein solches „seamless web“ ist kaum als Referenztext geeignet, der sich in Form eines Kommentars erläutern ließe. Kommentare im Sinne der eingangs mitgeteilten Definition sind dem englischen Recht deshalb traditionell fremd. Das gilt, obwohl eines der wichtigsten Werke der englischen Rechtsliteratur, *Sir William Blackstones* „Commentaries on the Laws of England“,[219] den Begriff des Kommentars in seinem Titel trägt. Doch handelt es sich hier um ein Institutionenlehrbuch nach dem seinerzeit in Europa verbreiteten Muster;[220] es steht somit in einer Reihe mit *Hugo Grotius'* „Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd“[221] oder auch mit *Viscount Stairs* „Institutions of the Law of Scotland“ (1681).[222] Warum *Blackstone* den Begriff „Commentaries“ verwendete, bedürfte näherer Untersuchung; wahrscheinlich dachte er an den lateinischen Begriff „commentarius“ im Sinne von schriftlicher Abhandlung, Skizze, Abriss, oder Aufzeichnung.[223]

Worum es *Blackstone* (dem ersten Professor für englisches Recht an einer englischen Universität)[224] zu tun war, beschreibt er in seiner Einleitung zu den „Commentaries“ mit einer schönen Metapher: die Erstellung einer Landkarte des Rechts, die dessen Gestalt, Verbindungslinien und Begrenzungen, dessen Gliederungen und größere Städte markiert und die damit für das englische Recht das leisten könnte, was für das römisch-gemeine Recht schon seit Jahrhunderten, in einer von *Gaius* bis auf *Pothier* reichenden Tradition, geleistet

---

[218] Vgl. z.B. *R. C. van Caenegem,* Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History, 1987, 6–16 („English law is a ‘seamless web’“). Die Redeweise vom „seamless web“ stammt wohl von F.W. Maitland; sie findet sich auf S. 1 von Bd. 1 von *F. Pollock/F.W. Maitland,* The History of English Law before the Time of Edward I, 2. Aufl., London, 1898, Nachdruck 1968, ohne sich dort übrigens in erster Linie auf das englische Recht zu beziehen.

[219] Erschienen in vier Bänden, Oxford, 1765–1769. Dazu etwa *J. Cairns,* Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State, Oxford Journal of Legal Studies 4 (1984), 318–360.

[220] Dazu im Überblick *K. Luig,* Institutionenlehrbücher, in: HWBEuP (Fn. 16), 880–884.

[221] Vgl. oben S. 445.

[222] Vgl. unten S. 499.

[223] *R. Klotz* (Hg.), Handwörterbuch der lateinischen Sprache, Bd. 1, 7. Abdruck, 1963, 964; vgl. auch etwa *P.G.W. Glarer* (Hg.), Oxford Latin Dictionary, 1982, 352 f., sub 3 („A treatise, textbook“) and sub 4 („[…] a collection of notes, […]“). Den Begriff „Commentaries“ trägt auch im Titel *G.C. Cheshire* (Hg.), Stephen’s Commentaries on the Laws of England, 19. Aufl., 1928; ein Werk das *F.H. Lawson* in seiner Einführung zu Bd. 1 als „an elementary text-book“ bezeichnet. Im Vorwort zur 19. Auflage heißt es, dass das Werk sich auf eine „exposition of general principles“ beschränke; „[d]etailed descriptions of particular topics have for the most part been avoided“.

[224] Biographischer Überblick zu Blackstone bei *G.H. Jones,* Blackstone, Sir William, in: A.W.B. Simpson (Hg.), Biographical Dictionary of the Common Law, 1984, 57–61. Blackstone wurde 1768 der erste *Vinerian Professor of English Law* an der Universität Oxford.

worden war.[225] Damit legte *Blackstone* die Grundlage für den Gedanken einer wissenschaftlichen Behandlung des englischen Rechts als eines sowohl rationalen als auch erfahrungsgesättigten Systems.[226] Gleichzeitig stimulierte er das Entstehen einer Literatur, die sein Programm für einzelne Rechtsbereiche umsetzte. Im 19. Jahrhundert erlebten deshalb Abhandlungen in Form von „treatises" eine Blütezeit:[227] „Chitty on Contracts" (1826), „Lewin on Trusts" (1837), „Lindley on Partnership" (1863), „Benjamin on Sale" (1868) und „Anson on Contract" (1879) gehören zu den bekanntesten und bis heute fortgesetzten Werken. Einige Autoren gingen dann dazu über, die allgemeinen Prinzipien eines Rechtsgebiets in möglichst konziser Form in Büchern niederzulegen, die zumeist den Titel „Digest" trugen, so insbesondere *Fitzjames Stephen* für das Beweisrecht,[228] *Sir Frederic Pollock* für das Recht der Personengesellschaften[229] und *Sir Mackenzie Chalmers* für Kaufrecht und Wechselrecht.[230] Das bekannteste Werk, das dieses Format bis in die Gegenwart perpetuiert hat, ist „Dicey's Conflict of Laws".[231] Diese Digests waren als Schritt auf dem Wege zu einer Kodifikation des betreffenden Rechtsgebiets gedacht[232] und waren inspiriert, unter anderem, durch die Kodifikationen, die seit den 1850er Jahren in Britisch-Indien (zunächst *Crown Colony,* seit 1876 *Empire*) erlassen worden waren.[233] Am erfolgreichsten waren insoweit die „Digests" von *Pollock* und *Chalmers,* wurden sie doch zur Grundlage für den *Bills of Exchange Act* (1882), den *Partnership Act* (1890) und den *Sale of Goods Act* (1893).[234] Die

---

[225] *W. Blackstone,* Commentaries on the Laws of England, 12. Aufl., London, 1793, 34, wo er die Aufgabe seiner Vorlesungen (auf der sein Werk beruht) so beschreibt: „[The] academical expounder […] should consider his course as a general map of the law, marking out the shape of the country, it's connexions and boundaries, it's greater divisions and principal cities". Das „civil law" bezeichnet Blackstone „as a collection of written reason" (S. 5). Die Einleitung trägt den Titel „Of the Study, Nature, and Extent of the Laws of England".

[226] Bezeichnenderweise spricht *Blackstone* von der „science thus committed to [my] charge": Commentaries (Fn. 225), 4. Das englische Recht sei bislang in der universitären Ausbildung sträflich vernachlässigt worden „though built upon the soundest foundations, and approved by the experience of ages" (S. 5).

[227] Dazu vor allem *A.W.B. Simpson,* The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature, University of Chicago LR 48 (1981), 632–679, 658–668.

[228] *F. Stephen,* A Digest of the Law of Evidence, London, 1876.

[229] *F. Pollock,* A Digest of the Law of Partnership, London, 1877.

[230] *M. Chalmers,* A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes and Cheques, London, 1878; The Sale of Goods, London, 1890.

[231] Dazu unten S. 483.

[232] *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 666 f.

[233] Dazu im Überblick *Zweigert/Kötz,* Rechtsvergleichung (Fn. 79), 222 f.; *Kischel,* Rechtsvergleichung (Fn. 216), 818.

[234] Zu der (kurzlebigen) Kodifikationsbewegung in England gegen Ende des 19. Jahrhunderts vgl. im Überblick *J. Baker,* An Introduction to English Legal History, 5. Aufl., 2019, 233–235.

Digests hatten das Format von Kommentaren insoweit, als den (selbst formulierten und durchnummerierten) „general propositions" Beispiele („illustrations"), Erläuterungen („explanations") und Anmerkungen („notes") beigefügt waren, jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Schon fast 150 Jahre vor *Blackstone* war übrigens der Begriff des Kommentars in einem Werk des englischen Sachenrechts verwendet worden, und zwar genau in dem eingangs genannten Sinne eines Textes, der sich an einen anderen Text anlehnt und diesen fortlaufend erläutert. Der Referenztext war eine Abhandlung über „Tenures" (Rechte an Grundstücken) von *Sir Thomas Littleton* aus der Mitte des 15. Jahrhunderts, die ihrerseits als erfolgreichstes Buch in der Geschichte des englischen Rechts gilt und über 90 Auflagen erlebte, einige davon (aus dem *Law French*) ins Englische übersetzt.[235] „Littleton" (wie die „Tenures" später vielfach anhand des Namens ihres Autors bezeichnet wurden) sollte das einzige Werk des *common law* werden, das abgedruckt wurde „inside a massive surrounding commentary in the Roman manner".[236] Diese Kommentierung, eine Art *Glossa ordinaria,* stammte von *Sir Edward Coke,* einem der einflussreichsten englischen Richter (*Chief Justice* der *Common Pleas*);[237] sie hieß „Commentary upon Littleton" (1628)[238] und war gedacht als erster Teil eines umfassenden Werkes über das englische Recht („Institutes of the Laws of England"). „Coke on Littleton" blieb trotz aller mit der Lektüre verbundenen Schwierigkeiten[239] bis weit in das 19. Jahrhundert hinein das zentrale Werk des englischen Liegenschaftsrecht (und damit des Sachenrechts allgemein).[240]

---

[235] Vgl. etwa *Baker,* Introduction (Fn. 234), 198 (der darauf hinweist, dass Littleton Mitte des 16. Jahrhunderts häufiger wieder aufgelegt worden war als die englische Übersetzung der Bibel; Anfang des 17. Jahrhunderts sei es „not now the name of a lawyer, but of the law itself" gewesen); *ders.,* Littleton, Sir Thomas, in: Simpson, Biographical Dictionary (Fn. 224), 315–317. Nach *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 635, „the text came to be treated as though it were itself law; it was regarded with a reverence approaching that accorded to an actual statute".

[236] *Baker,* Littleton (Fn. 235), 316. In seinem Lehrbuch (Fn. 234), erläutert Baker das, indem er von einer „phrase by phrase gloss on the text" spricht. Auch *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 635, bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Literaturform der Glosse; dazu allgemein bereits oben Fn. 8.

[237] Zu ihm und seiner Karriere im Überblick *J. Baker,* Coke, Sir Edward, in: Simpson, Biographical Dictionary (Fn. 224), 117–121.

[238] Um Missverständnisse auszuschließen, hieß es im Untertitel, dass Littleton nicht nur der Name des Autors sei („Not the Name of the Author only, but of the Law itself").

[239] „[…] a formless but immensely learned and good humoured commentary on the law of property (and much else in passing)": *Baker,* Coke (Fn. 237), 120; in seinem Lehrbuch (Fn. 234), 200, zitiert *Baker* Maitland mit der Aussage: „[Coke] shovelled out his enormous learning in vast disorderly heaps".

[240] *Baker,* Introduction (Fn. 234), 200.

2. Gesetzesrecht

Das englische Recht besteht, wie schon aus dem eben Gesagten deutlich wurde, nicht nur aus Fallrecht. Vielmehr heißt es in einem systematischen Gesamtüberblick des englischen Privatrechts pointiert, dass Gesetze den wesentlichsten Bestandteil des englischen Rechts bilden.[241] Doch handelt es sich etwa im Bereich des Schuldrechts zumeist um Einzelgesetze wie den *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943,* den *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945,* den *Misrepresentation Act 1967* oder auch den *Contract (Rights of Third Parties) Act 1999,* die in der Lehrbuchliteratur in ihren jeweiligen systematischen Zusammenhängen erörtert werden; ein Kommentar zu einem derartigen Einzelgesetz wäre keine lohnende Angelegenheit. Anders liegt das in Bereichen, die Gegenstand eines umfassender angelegten Gesetzes geworden sind. Solche Teilkodifikationen gibt es außer im Wechselrecht (1882), Kaufrecht (1893; heute gilt der *Sale of Goods Act 1979*) und Recht der Personengesellschaften (1890)[242] auch etwa für das Recht der Kapitalgesellschaften (*Companies Act 2006* mit einer Reihe von Vorläufern bis zurück zur *Joint Stock Companies Act 1844*), das Insolvenzrecht (*Insolvency Act 1986*) und das europarechtlich inspirierte Verbrauchervertragsrecht (*Consumer Rights Act 2015*).[243]

Hier finden sich tatsächlich Erläuterungswerke, die sich als Kommentar oder doch als kommentarähnlich bezeichnen lassen; als kommentarähnlich insoweit, als sie sich zwar an einen (gesetzlichen) Referenztext anlehnen, diese aber vielfach nicht „fortlaufend“ erläutern,[244] sondern zusammenfassend, in systematisch geordneten Abschnitten oder gegliedert nach Sachgesichtspunkten, die nicht notwendig der Gliederung des erläuterten Textes entsprechen.[245] Die Anlehnung an diesen Text ist also vergleichsweise locker; mitun-

---

[241] „Statutes and other enactments are the most substantial part of English law“: *J. Bell,* Sources of Law, in: A. Burrows (Hg.), English Private Law, 3. Aufl., 2013, 1–35, Rn. 1.25.

[242] Vgl. den Nachweis in Fn. 234.

[243] Der volle Titel des *Sale of Goods Act 1893* war „An Act for codifying the Law relating to the Sale of Goods“. Doch handele es sich, so *S. Vogenauer,* bei diesem und anderen „codifying Acts“ jener Zeit nicht um „‘codes’ in the continental tradition“: Drafting and Interpretation of a European Contract Law Instrument, in: G. Dannemann/S. Vogenauer (Hg.), The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law, 2013, 82–119, 86; vgl. auch etwa *W.-G. Ringe/S. Otte,* Gesellschaftsrecht, in: V. Triebel/M. Illmer/W.-G. Ringe/S. Vogenauer/K. Ziegler, Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2012, 192 zum *Companies Act 2006* („[…] kann nach wie vor nicht von einer Kodifikation im deutschen Sinne gesprochen werden“).

[244] Vgl. die Definition oben, Text bei Fn. 5.

[245] Vgl. für den *Sales of Goods Act* insbesondere Benjamin’s Sale of Goods, 10. Aufl., 2017; für den *Companies Act 2006* Palmer’s Company Law oder Gore-Brown on Companies (beide Werke werden mehrmals jährlich aktualisiert und sind elektronisch zugänglich); für den *Consumer Rights Act* vgl. *S. Whittaker,* Consumer Contracts, in:

ter wird er auch nicht in Gänze *verbatim* mitgeteilt, sondern paraphrasiert. Das liegt daran, dass Gesetze in England vor dem Hintergrund des zuvor bestehenden Fallrechts zu verstehen sind, indem sie entweder Lücken füllen bzw. Fehlentwicklungen korrigieren, oder aber (so im Falle der erwähnten Teilkodifikationen) dieses Fallrecht konsolidieren.[246] Es überrascht deshalb nicht, dass auch die Erläuterungswerke sich ganz eindeutig auf die Verarbeitung der Rechtsprechung konzentrieren; Schrifttum wird nur am Rande oder überhaupt nicht zitiert.[247] Die Erörterung von Kontroversen und die Abgabe eigener, weiterführender Bewertungen sucht man zumeist vergebens. Zudem sind Gesetze in England (einschließlich der erwähnten Teilkodifikationen) nicht auf dem mittleren Abstraktionsniveau der klassischen kontinentaleuropäischen Kodifikationen formuliert, sondern versuchen alle vorhersehbaren Sachverhalte möglichst detailliert zu regeln.[248] Sie leisten damit in gewisser Weise bereits selbst, was in vielen kontinentaleuropäischen Ländern ein Kommentar leistet. Mitunter gibt es auch „annotierte“ Leitfäden für einen bestimmten Bereich, so etwa für die Gesetzgebung im Bereich des Insolvenzrechts.[249]

Jedenfalls äußerlich am ehesten einem Kommentar deutscher Prägung entsprechen Werke wie „Buckley on the Companies Act“[250] (ein zweimal jähr-

---

H.G. Beale (Hg.), Chitty on Contracts, 33. Aufl., Bd. 2, 2018, Rn. 38-365–38-426. Dazu näher *S. Enchelmaier,* Juristische Kommentare in England: False Friends – or Mates?, in diesem Band, 227–276.

[246] Vgl. für den *Sale of Goods Act 1893* etwa *P. Rawlings,* in: Benjamin’s Sale of Goods (Fn. 245), Rn. 1-002: „[…] [R]ecourse is often had in practice to cases which were decided before the Act of 1893 […] This is borne out both by the large number of pre-1894 cases which are cited in all textbooks (including the present work), and also by an examination of the precedents relied upon in modern cases. […] Finally, the Act was never intended to be a comprehensive codification of the law relating to sales: it expressly referred to the general law where the Act was silent“. Für den *Consumer Rights Act 2015* gilt natürlich etwas anderes insoweit, als hier vor allem zuvor ergangene Richtlinien der EU reimplementiert wurden „in a way which seeks to integrate their requirements into a wider framework. […] However, the UK legislature did not seek to place all relevant consumer contract law in the Consumer Rights Act 2015“: Chitty on Contracts II/*Whittaker* (Fn. 245), Rn. 38-006 und 38-007.

[247] Vgl. des Näheren *Enchelmaier,* England (Fn. 245), 230–251.

[248] Vgl. etwa *Vogenauer,* Drafting (Fn. 243), 87 f., der englischen Gesetzen eine deutlich größere „Regelungsdichte“ attestiert; *Enchelmaier,* England (Fn. 245), 261 f. Der *Companies Act* umfasste ursprünglich 1.300 (inzwischen knapp 1.400) *sections* und 16 Anhänge und sei damit, so Enchelmaier, das längste Gesetz, das der britische Gesetzgeber jemals geschaffen habe. Zum *Consumer Rights Act 2015* schreibt *Enchelmaier* (Fn. 245), 239, er treibe „den Detailreichtum und die Zerklüftung der gesetzlichen Regelungen auf eine neue Spitze“ und mache den Text durch eine Fülle von Querverweisen „nahezu unverständlich“.

[249] *L. Sealy/D. Milman/P. Bailey,* Sealy and Milman: Annotated Guide to the Insolvency Legislation, 2 Bde., 21. Aufl., 2018.

[250] *Dame Mary Arden/D. Prentice/D. Richards,* Buckley on the Companies Acts.

lich aktualisiertes Loseblattwerk in drei Bänden), *Doyle* und *Keay,* „Insovency Legislation: Annotations and Commentary“[251] und *A. G. Guest,* „Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes“;[252] diese Werke sind streng am Wortlaut des Gesetzes orientiert und teilen diesen auch mit.[253] Dasselbe gilt für „Pollock on Partnership“[254] und den Kommentar zum *Sale of Goods Act 1893* von *Sir Mackenzie Chalmers.*[255] Die letzten drei Werke gehen zurück auf die die jeweiligen Gesetze vorbereitenden „Digests“.[256] Im Übrigen handelt es sich damit jedenfalls im Falle von *Chalmers* auch um weitere Fälle von Erläuterungsbüchern, die vom Verfasser des Gesetzes selbst publiziert worden sind.[257]

3. *Restatements*

Ebenfalls auf der Tradition der „Digests“, die gegen Ende des 19. Jahrhunderts entstanden, beruht das Grundlagenwerk von *Albert Venn Dicey* zum Internationalen Privatrecht in England;[258] es ist damit das einzige bis heute existierende Werk dieses Genres. Der Sache nach handelt es sich um einen Kommentar ohne Anlehnung an einen *gesetzlichen* Referenztext, ist doch der Kommentator auch der Verfasser des kommentierten Referenztextes. Im Vorwort zur ersten Auflage beschreibt *Dicey* sein Anliegen dahin, die von der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze herauszuarbeiten, in der Form systematisch arrangierter Regeln und Ausnahmen darzustellen und durch Kommentare und Beispiele zu erläutern („Rules and Exceptions […] elucidated by comment and illustrations“).[259] Dieselbe Personenidentität von Kommentator

---

[251] *L. Doyle/A. Keay* (Hg.), Insolvency Legislation: Annotation and Commentary, 8. Aufl., 2019.

[252] 18. Aufl., 2016. Hier folgen den drucktechnisch hervorgehobenen Vorschriften des *Bills of Exchange Act* die Abschnitte „Comment“ und „Illustration(s)“.

[253] Für Irland vgl. in demselben Sinne für einen Kernbereich des allgemeinen Privatrechts *B.E. Spierin,* The Succession Act 1965 and Related Legislation: A Commentary, 5. Aufl., 2017.

[254] *L.C.B. Gower,* Pollock on the Law of Partnership, 15. Aufl., 1952.

[255] Erste Auflage 1894, 17. Aufl., 1975 und 18. Aufl., 1981 fortgeführt von *M. Mark* und *J. Mance,* die 18. Aufl. dann zum *Sale of Goods Act 1979.*

[256] Vgl. oben Fn. 229 f.

[257] Vgl. z.B. *G. R. Rubin,* Chalmers, Sir Mackenzie Dalzell, in: Simpson, Biographical Dictionary (Fn. 224), 107 f.

[258] Ursprünglich erschienen unter dem Titel „A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws“, London, 1896. Die Struktur des Werkes ist bis heute gleichgeblieben: *L. Collins* (Hg.), Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15. Aufl., 2012. Dazu im vorliegenden Zusammenhang auch *G.-P. Calliess,* Kommentar und Dogmatik im Recht, in: D. Kästle/N. Jansen (Hg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 381–392, 386 f.

[259] Vorwort zur 1. Auflage, hier zitiert nach *A.V. Dicey/A.B. Keith,* A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws, 3. Aufl., 1922, xi.

und Verfasser des Referenztextes findet sich bei den von *Andrew Burrows* vorgelegten „Restatements“ zum englischen Bereicherungs- und Vertragsrecht.[260] Ein *Restatement* ist eine nicht-legislative Kodifikation (oder: Privatkodifikation), die das in einem bestimmten Bereich geltende Recht, auf das Wesentliche konzentriert, regelförmig und damit in übersichtlicher und gut zugänglicher Weise abzubilden versucht.[261] Jede Regel, und jeder Unterabschnitt jeder Regel, sind durch einen Kommentar erläutert, der so prägnant wie möglich gehalten ist: er solle die betreffende Regel erläutern und nicht die Lehrbücher ersetzen. Deshalb werden nur die Leitentscheidungen wiedergegeben, und Literaturnachweise sind auf ein Minimum beschränkt.[262]

Nicht ganz zutreffend ist es, wenn *Andrew Burrows* das *Restatement* als „a novel concept in relation to English law“[263] bezeichnet. Bald nach Inkrafttreten des BGB bat die Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre[264] (die Vorgängerin der Gesellschaft für Rechtsvergleichung) *Edward Jenks,* damals *Reader in English Law* an der Universität Oxford, das englische Privatrecht nach dem Modell einer kontinentalen Kodifikation regelförmig niederzuschreiben. Das tat *Jenks* mit Hilfe von vier Kollegen (*W.M. Geldart, R.W. Lee, W.S. Holdsworth* und *J.C. Miles*),[265] und er bezeichnete sein Werk als „A Digest of English Civil Law“. Ein „Digest“, so *Jenks,* unterscheide sich von einer Kodifikation hauptsächlich „in that it professes merely to state the rules which are covered by existing authority“:[266] eine perfekte Definition für ein *Restatement.* Das Werk erschien zunächst über den Zeitraum von 16 Jahren hinweg in elf Lieferungen sowie 1921 in einer konsolidierten zweiten Auflage, und es enthielt insgesamt 2.223 Paragraphen, unterteilt in einen Allgemeinen Teil (!), Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht. Das ist das Pandektensystem, wie wir es im BGB umgesetzt finden. Drucktechnisch davon abgesetzt wurden jeweils die einschlägigen Quellen des englischen Rechts, seien es Gerichtsentscheidungen oder gesetzliche Vorschriften, aufgeführt, gelegentlich auch kürzere Erläuterungen und Fragen. Eine vierte Auflage von

---

[260] *A. Burrows,* A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment, 2012; *ders.,* A Restatement of the English Law of Contract, 2016.

[261] *R. Michaels,* Restatements, in: HWBEuP (Fn. 16), 1295–1299.

[262] *Burrows,* Unjust Enrichment (Fn. 260), xi (unter der Überschrift „Type of commentary“).

[263] *Burrows,* Unjust Enrichment (Fn. 260), ix.

[264] Zu dieser *E. Wadle,* Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaften in Deutschland, 1994, 32–42.

[265] Geldart war *Vinerian Professor* für englisches Recht, Lee Professor für Römisch-holländisches Recht, Holdsworth *All Souls Reader in English Law* (später *Vinerian Professor* für englisches Recht und Autor einer 17-bändigen englischen Rechtsgeschichte) und *Miles Fellow* und *Tutor* am Merton College (alle Oxford).

[266] *E. Jenks* (Hg.), A Digest of English Law, Bd. 1, 2. Aufl., 1921, iii.

„Jenks' English Civil Law" wurde von *P.H. Winfield* (damals emeritierter Professor für englisches Recht in Cambridge) unter Vermeidung des etwas missverständlichen Begriffs „Digest" herausgegeben.[267] Diese Privatkodifikation nahmen dann nacheinander zwei deutsche Juristen, *Gustav Schirrmeister* und *Wilhelm Prochownick,*[268] zum Ausgangpunkt einer ausführlichen Kommentierung des englischen Rechts (in deutscher Sprache).[269] Zwar blieb dieser Kommentar Fragment; er umfasst lediglich die allgemeinen Lehren und das Vertragsrecht. Aber es handelt sich um ein Pionierwerk – einen Kommentar modernen Stils zu einer ausländischen Rechtsordnung, für die als Referenztext nicht ein Gesetz dient.[270]

4. Englisches Recht im Wandel

Bemerkenswert sind auch andere Versuche, englische Juristen mit dem Kommentarformat vertraut zu machen. So hat *Alexander Schall* im Verlag C.H. Beck einen Kommentar nach deutschem Muster zum *Companies Act* herausgegeben[271] – freilich in deutscher Sprache und damit für viele englische Juristen schwer zugänglich. In englischer Sprache erscheinen dagegen unter der Marke „Beck – Hart – Nomos Publishing" Kommentare zu ausländischen, europäischen und internationalen Rechtsquellen; sie werden, um die Struktur des Werkes unmissverständlich deutlich zu machen, als „Article-by-Article Commentary" bezeichnet und sind (wie auch der Kommentar von *Schall*) überwiegend von deutschen Autoren herausgegeben und verfasst. So sind im Jahre 2019 Kommentare zu „Brussel II a – Rome III" (Hg. *Christoph Althammer*), zum „European Financial Services Law" (Hg. *Mathias Lehmann* und *Christoph Kumpan*) und zur „European Insolvency Regulation" (Hg. *Moritz Brinkmann*) erschienen; für 2020 angekündigt sind, beispielsweise,

---

[267] *P.H. Winfield,* Jenks' English Civil Law, 4. Aufl., 1947. Im Vorwort (ix f.) wird erörtert, ob der Allgemeine Teil beibehalten werden sollte. Doch wurde dieser schließlich nur verschlankt, nicht, wie dies R.W. Lee und Martin Wolff geraten hatten, gänzlich in die anderen Teile überführt.

[268] Prochownick war Oberlandesgerichtsrat in Hamburg; wegen seiner jüdischen Herkunft wurde er 1933 entlassen und starb an Misshandlungen, die er im KZ Fuhlsbüttel erlitten hatte. An ihn erinnern zwei „Stolpersteine" am Sievekingplatz 1 und in der Hansastraße 58.

[269] *G. Schirrmeister,* Das Bürgerliche Recht Englands: Kommentar, Bd. I/1, 1906; *W. Prochownick,* Das Bürgerliche Recht Englands: Kommentar, Bd. I/2, 1910, Bd. II, 1929.

[270] *Prochownick* (in seinem Vorwort zu Bd. II) hielt deshalb die Bezeichnung „Kommentar" für nicht ganz zutreffend; ein Kommentar setze „einen feststehenden Gesetzestext" voraus. – Ein Parallelwerk von 1931, das aber gerade nicht die Kommentarform gewählt hat, ist *S. Goldschmidt et al.* (Hg.), Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, Bd. 1, 1931; es handelt sich um Bd. 2 der von *K. Heinsheimer* begründeten Reihe „Die Zivilgesetze (!) der Gegenwart".

[271] *A. Schall* (Hg.), Companies Act: Kommentar, 2014.

Kommentare zum Internationalen Erbrecht, zum Europäischen Gesellschaftsrecht und zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Den Rechtsakten, die mit grenzüberschreitendem Warenkauf zu tun haben, ist der von *Peter Mankowski* herausgegebene Kommentar unter dem Titel „Commercial Law" gewidmet.[272] Zu diesen Rechtsakten gehören etwa *CISG,* die *UNIDROIT Principles of International Contracts,* und die *Incoterms.*

Das englische Recht befindet sich im Wandel. So praktizieren englische Gerichte heute nicht mehr, wie noch bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hinein, einen strikten Buchstabengehorsam, indem sie der *literal* oder *plain meaning rule* huldigen,[273] sondern sie folgen, wie ihre deutschen Pendants, einem an Sinn und Zweck der jeweiligen Norm orientierten, also teleologischen Ansatz.[274] Die Konvention, lebende Autoren in Gerichtsentscheidungen nicht als Autorität zu zitieren, ist stillschweigend aufgegeben worden; es kam zu einem massiven Ausbau des Hochschulwesens (seit den 1950er Jahren hat sich die Zahl der Rechtslehrer verzehnfacht), und es gibt heute eine selbstbewusste Wissenschaftlergeneration, zu deren Habitus eine prononcierte Grundlagen- und Prinzipienorientierung ebenso gehört wie die Betonung elementarer Rationalitätsanforderungen, denen das Recht genügen muss.[275] Gleichzeitig steht nicht mehr unbedingt nur die Judikatur im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Insbesondere aber lassen sich eindrucksvolle Beispiele des Einflusses von Professoren, über die Gerichte, auf die Entwicklung des Privatrechts in England nennen.[276] Die Vorstellung eines Dialogs zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, wie wir ihn aus dem deutschen Recht kennen, ist heute auch in England etabliert.[277] Auch für englische Juristen sind Strukturen und syste-

---

[272] *P. Mankowski* (Hg.), Commercial Law: Article-by-Article Commentary, 2019.

[273] Zum „Zeitalter der Buchstabentreue" im englischen Recht *S. Vogenauer,* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, 780–962. Diese Phase prägt bei vielen deutschen Juristen bis heute die Einschätzung des englischen Rechts. Dabei wird leicht vergessen, dass es ein „Zeitalter des Buchstabengehorsams" auch in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gegeben hat: *Vogenauer, loc. cit.,* 475–490.

[274] „The courts now adopt a purposive approach which seeks to give effect to the true purpose of legislation […]": *Pepper (Inspector of Taxes)* v. *Hart,* [1993] AC 593 (617) *per Lord Griffiths* (HL). Dazu näher *Vogenauer,* Auslegung (Fn. 273), 963–1252.

[275] *M. Flohr,* Rechtsdogmatik in England, 2017, 239–293.

[276] Für das Bereicherungsrecht vgl. *R. Zimmermann,* Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung, in: ders. (Hg.), Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts, 2005, 30–41; *Flohr,* Rechtsdogmatik (Fn. 275), 157–201.

[277] Vgl. etwa *Lord Goffs* Maccabean Lecture, wieder abgedruckt in der Festschrift für Lord Goff: The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley, 1999, 313–329; *W. Twining,* The Role of Academics in the Legal System, in: P. Cane/M. Tushnet (Hg.), The Oxford Handbook of Legal Studies, 2003, 920–949, 921–929. Im Sommer dieses Jahres wird mit Andrew Burrows einer der führenden Privatrechtswissenschaftler zum Richter am Supreme Court ernannt werden.

matische Zusammenhänge zunehmend wichtig geworden.[278] Damit könnte auch das Alphabet als Ordnungskriterium verblassen, das „Halsbury's Laws of England" zugrunde liegt: der über 100-bändigen Enzyklopädie, die traditionell für englische Praktiker eine ähnliche Rolle als Wissensspeicher, Wissensfilter und Stabilisator spielt wie der Palandt in Deutschland.[279] Auch wenn es in England nach wie vor keine Gesamtkodifikation für das Zivilrecht gibt, die den Rechtsstoff in einer Weise autoritativ ordnet, die jedem Juristen vertraut ist,[280] könnte sich deshalb neben anderen Literaturformaten, die auf Wissensgestaltung, Kritik, Erneuerung und Wissensorganisation durch Rechtsdogmatik abzielen, auch der Kommentar im Aufwind befinden.

XII. Kommentare in Nordamerika

1. United States

Das US-amerikanische Recht wird gewöhnlich im „Kontext des common law"[281] oder als Bestandteil des „anglo-amerikanischen Rechtskreises"[282] behandelt. In der Tat handelt es sich in seinem Ursprung um eines der Tochterrechte des englischen Rechts. Das zeigt sich an vielen Punkten, darunter nicht zuletzt an der Rechtsliteratur. Sie entsprach zunächst dem englischen Modell. Insbesondere *Blackstones* „Commentaries" waren in Amerika außerordentlich erfolgreich.[283] Eine Art amerikanischen Blackstone verfasste zwischen 1826 und 1830 *Chancellor Kent.*[284] Seine vierbändigen „Commentaries on American Law" waren ebenso wenig ein „Kommentar" wie das Werk von *Blackstone;* es handelte sich in beiden Fällen um aus Vorlesungen entstandene Abhandlungen mit Einführungs- und Überblickscharakter. Von 1832 bis 1845 publizierte ein

---

[278] Vgl. etwa, zur Taxonomie-Debatte, *Flohr,* Rechtsdogmatik (Fn. 275), 203–238, 243–257.

[279] *P.B.H. Birks,* More Logic and Less Experience: The Difference between Scots Law and English Law, in: D. L. Carey Miller/R. Zimmermann (Hg.), The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays, 1997, 167–190, 180: „The alphabetical Halsbury dominates the practitioner's research".

[280] Darauf weist hin etwa *Lawson,* in: Cheshire, Stephen's Commentaries (Fn. 223), 3: „The writer on English law is at once more and less fortunate than his Continental confrère. He is less fortunate in that he has not the benefit of an authoritative arrangement of his materials, habitually used and familiar to every student of the legal system in question, but he is on the other hand free to choose that order which seems to him to be best adapted to the presentation of his subject".

[281] *Kischel,* Rechtsvergleichung (Fn. 216), § 5.

[282] *Zweigert/Kötz,* Rechtsvergleichung (Fn. 79), 177.

[283] *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 668–670.

[284] „An indigenous alternative to Blackstone that was hugely successful": *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 670.

Supreme Court Richter und (gleichzeitig!) Professor an der Harvard Law School, *Joseph Story,* neun umfangreiche Abhandlungen (etwa zu „Bailment", „Conflicts", „Equity", „Agency" und „Partnership"),[285] die er allesamt auch als „Commentaries" bezeichnete und die in erheblichem Umfang auf Material aus dem römischen Recht und der gemeinrechtlichen Tradition (etwa *Pothier*) zurückgriffen.[286] Mit *Kent's* „Commentaries" begann der Prozess, der das US-amerikanische vom englischen Privatrecht trennte;[287] die „Commentaries" von *Kent* und *Story* lieferten dessen intellektuelle Grundlagen.[288]

In seiner weiteren Entwicklung hat sich das US-amerikanische Recht von seinen englischen Ursprüngen weit entfernt.[289] Die zeigt sich nicht zuletzt an der juristischen Literatur,[290] vorliegend also an der Frage, ob und in welcher Form es Kommentare gibt.[291] Ebenso wie in England spielen für das Privatrecht der Vereinigten Staaten Gesetze eine zentrale Rolle, sowohl auf der Ebene der Einzelstaaten als auch des Bundes. Daneben gehören zu den Besonderheiten des US-amerikanischen Privatrechts „Uniform Laws", die Geltungskraft nur erlangen, wenn sie von den Einzelstaaten ratifiziert werden (etwa der *Uniform Probate Code* oder der *Uniform Commercial Code*[292]), und *Restatements,* in denen das für einen bestimmten Bereich geltende (Fall-) Recht in regelförmiger und damit leicht zugänglicher Weise zusammengefasst wird (die meisten davon in zweiter oder dritter Fassung: etwa *Restatement of Contracts, Second* (1981), *Restatement of Agency, Third* (2006), *Restatement of Restitution and Unjust Enrichment, Third* (2011)).[293] „Uni-

---

[285] Überblick bei *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 670.

[286] Zum eklektischen Geist, in dem Story nicht nur englische und amerikanische Quellen verwertete, sondern auch die gemeinrechtlichen und vernunftrechtlichen Autoren *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 673. In ihrer Weitschweifigkeit erinnern die Abhandlungen von Story an manche Produkte der *École de l'exégèse,* etwa *Demolombe;* auch sie gelten heute als „dreary and tedious": *D. J. Hutchinson,* Story, Joseph, in: Simpson, Biographical Dictionary (Fn. 224), 491–493.

[287] *A. W. B. Simpson,* Kent, James, in: ders., Biographical Dictionary (Fn. 224), 294.

[288] *Hutchinson,* Story (Fn. 286), 492.

[289] Das betonen natürlich auch *Zweigert/Kötz,* Rechtsvergleichung (Fn. 79), 233, und *Kischel,* Rechtsvergleichung (Fn. 216), 360 (gravierende Unterschiede im „Kontext"). Gegen die Redeweise von einem „anglo-amerikanischen" Recht deshalb *R. Zimmermann,* „Common law" und „civil law", Amerika und Europa, in: ders., Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht, 1995, 1–11, 9; *Vogenauer,* Common law (Fn. 215), 281.

[290] Zur der sehr unterschiedlichen juristischen Zeitschriftenlandschaft vgl. bereits *R. Zimmermann,* Law Reviews – Ein Streifzug durch eine fremde Welt, in: ders., Amerikanische Rechtskultur (Fn. 290), 87–131.

[291] Zum Folgenden *M. Reimann,* Legal „Commentaries" in the United States: Division of Labor, in diesem Band, 277–294.

[292] Der erste ist von 16 Bundesstaaten ratifiziert worden, der letztere von so gut wie allen; er gilt als das erfolgreichste Instrument US-amerikanischer Rechtsvereinheitlichung.

[293] Dazu *Michaels,* Restatements (Fn. 261), 1295 f.

form Laws" werden von einer Uniform Law Commission (zuvor: National Conference of Commissioners on Uniform Sales Laws), mitunter in Zusammenarbeit mit dem American Law Institute, erarbeitet, Restatements vom American Law Institute.[294]

Interessanterweise gibt es nun eine Art funktionaler Differenzierung, was die Kommentierung dieser verschiedenen Typen bindender und nicht-bindender Regelwerke betrifft.[295] Bundesgesetze werden in zwei riesigen, alphabetisch nach Themengebieten geordneten Kompilationen mit „annotations" veröffentlicht.[296] Diese Kompilationen heißen „Code", haben aber mit einer (systematischen) Kodifikation kontinentalen Stils nichts gemein. Die „annotations" enthalten Hinweise auf die Gesetzgebungsgeschichte, auf Literatur und Entscheidungen (deren wesentlicher Inhalt kurz zusammengefasst wird); sie sind damit eine reine Materialsammlung. Dieselbe Form von „Codes" mit „annotations" gibt es für die US-amerikanischen Einzelstaaten.[297] „Uniform Laws" werden demgegenüber mit „comments" publiziert, die die Bedeutung der jeweiligen Vorschriften erläutern, also exegetischer Natur sind; *Restatements* enthalten neben solchen „comments" auch „reporter's notes" mit Hinweisen auf Leitentscheidungen und wichtige Literatur. *Mathias Reimann* bezeichnet die „annotations" als Materialsammlung bzw. Forschungshilfe („research tools"), die „comments" als Sinnerklärung („explanation of meaning"). Beide Formen von Anmerkungen oder „Kommentaren" erfüllen also nur einzelne, und zwar jeweils unterschiedliche, Funktionen von Kommentaren deutschen Stils.

Wer Kontextualisierung und kritische Reflexion, Auseinandersetzung mit anderen Ansichten, Entwicklung neuer Ansätze und einen produktiven Beitrag zur Dogmatik sucht, muss auf Werke zurückgreifen die, anders als die bislang erwähnten, äußerlich nicht dem Bild eines Kommentars entsprechen: auf die Lehrbuch- und vor allem Handbuchliteratur („treatises").[298] Es gibt

---

[294] *Restatements* sind seit einiger Zeit auch in Europa zu einer populären Literaturform geworden, vgl. zu England oben S. 483 und zum Europäischen Privatrecht unten S. 504 f. Für das nordische Vertragsrecht vgl. *O. Lando/M.-L. Holle/T. Håstad/B.-E. Reinertsen Konow/P. Møgelvang-Hansen/S. Nysén-Haarala/Á. Ólafsdóttir/L. Zackariasson,* Restatement of Nordic Contract Law, 2016.

[295] Vgl. die Analyse von *Reimann,* United States (Fn. 291), 279–289.

[296] United States Code Annotated bzw. United States Code Service. Zwischen beiden Publikationen gibt es keine wesentlichen substantiellen Unterschiede, sondern vor allem die Konkurrenz zweier Verlage (LEXIS und WestLaw [bzw. nunmehr Thomson West]). Die Sammlung United States Code Annotated umfasst mehr als 450 Bände (davon z.B. 17 zu *Bankruptcy* und 22 zu *Labor.*

[297] So umfassen zum Beispiel West's Annotated California Codes über 250 Bände, darunter 21 zum *California Civil Code.*

[298] „The great enterprise in which the treatise or institutional writer is engaged is the methodizing of disorderly traditional or customary law": *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 674. *Simpson* schildert (668–674) die Geschichte der *legal treatises* in den USA und betont

„treatises" der unterschiedlichsten Formate; das berühmte, von *Williston* begründete Werk zum Vertragsrecht zum Beispiel hat in der 4. Auflage (1995–2013) 31 Bände. „Treatises" folgen keinem von außen vorgegebenen System, und sie erscheinen, ihrem wissenschaftlichen Charakter entsprechend, unter dem Namen ihrer jeweiligen Autoren. Das ist bei den „annotations" und „comments" nicht der Fall; erstere werden durch eine kleine Armee von Juristen[299] zusammengestellt, die von den Verlagen bezahlt werden, letztere erhalten ihre Autorität durch die Institution(en), in deren Namen sie zusammen mit dem Referenztext publiziert werden.

Dass es in den USA keine Kommentare deutschen Stils gibt, führt *Reimann* im Wesentlichen auf vier Gründe zurück.[300] Zum einen seien bestimmte Literaturformen, die eine oder die andere Kommentarfunktion erfüllen, bereits etabliert gewesen, als seit Mitte des 20. Jahrhunderts umfassendere Gesetze das US-amerikanische Recht zu prägen begannen. Zum zweiten nehme das Gesetzesrecht im Verständnis amerikanischer Juristen (ebenso wie englischer Juristen) nicht dieselbe zentrale Position ein wie dies in den kontinentaleuropäischen Rechten der Fall sei. Damit zusammenhängend sei, drittens, der Rechtsbegriff in Amerika weniger regelorientiert als etwa in Deutschland oder Frankreich: Das Recht sei das, wovon die Gerichte sagen, dass es das Recht sei, und das interessiere die Juristen in erster Linie. Und schließlich, viertens, unterscheide sich damit auch die Art und Weise, wie amerikanische Juristen Probleme analysieren und einschlägige Rechtsquellen suchen, von der Herangehensweise ihrer kontinentaleuropäischen Kollegen: es ist das Fallrecht, das den Ausgangspunkt bildet; die gesetzlichen Regeln interessierten nur in zweiter Linie. Die letzten drei Punkte gehören zusammen und lassen sich in der Aussage zusammenfassen: „American lawyers are still heirs to the common law tradition which has not been organized around codes and statutes".[301] *Reimann* weist in diesem Zusammenhang auch auf das *West Key Number System* als das „only pervasive organizing mechanism in US law" hin: und das beziehe sich auf Fallrecht und nicht auf Gesetzesrecht.

Orientierung können amerikanische Juristen zudem, wie englische Juristen im „Halsbury", in zwei gewaltigen Enzyklopädien finden. Die eine trägt den Titel „Corpus Juris Secundum"[302] (wobei freilich das erste „Corpus Juris" nicht dasjenige von Justinian ist, sondern eine unter diesem Titel publizierte

---

gleich eingangs, dass sie seit den „Commentaries" von *Chancellor Kent* einen im Vergleich zu England (dazu oben S. 479) unterschiedlichen Verlauf nahm. Es sei in den USA gewesen, „where the common law treatise reached perhaps its ultimate point of development".

[299] *Reimann,* United States (Fn. 291), 288.

[300] *Reimann,* United States (Fn. 291), 289–293.

[301] *Reimann,* United States (Fn. 291), 290.

[302] Seit 1936, 136 Bde. Eine neue, revidierte und ajourierte Reihe, beginnend 2005, umfasst 162 Bde. (Sie heißt nicht etwa „Corpus Juris Tertium", sondern ebenfalls „Corpus Juris Secundum".)

Vorgängerenzyklopädie[303]), die andere den Titel „American Jurisprudence".[304] Doch sind die amerikanischen Juristen nicht nur Erben der *common law tradition;* sie sind auch durch das Säurebad des *legal realism* gegangen, in dem sich der Glaube an das Recht als Gegenstand einer Wissenschaft („legal science") und das Vertrauen auf die stabilisierende Funktion der Rechtsdogmatik aufgelöst hat.[305] „A movement that minimizes the importance of legal doctrine is hardly likely to generate enthusiasm for the work of analysing doctrine and expounding it as the principled science of law":[306] und sie generiert damit auch keinen Enthusiasmus für das Verfassen von wissenschaftlicher Literatur im Sinne von (anspruchsvollen) Kommentaren.

2. *Kanada*

Der Bundesstaat Kanada besteht aus zehn Provinzen und drei „Territorien". Überall, außer in der Provinz Quebec, ist englisches *common law* rezipiert worden. Das ergab sich daraus, dass alle diese Gebiete im Laufe des 18. Jahrhunderts Teil des englischen *Empire* wurden. 1867 erlangte Kanada *Dominion*-Status, 1931 durch das Statut von Westminster eine unabhängige Gesetzgebung, und erst 1982 die volle Souveränität. Damit war auch das kanadische Rechtsleben bis weit in das 20. Jahrhundert hinein an England orientiert; seit dem Zweiten Weltkrieg machte sich demgegenüber ein immer stärkerer US-amerikanischer Einfluss bemerkbar. Für das Entstehen einer eigenständigen Kommentarliteratur waren das keine günstigen Umstände. In den Jahren 1832 und 1833 erschien mit der „Epitome of the Laws of Nova Scotia" eine Art Institutionenlehrbuch, das die „Commentaries" von *Blackstone* und *Kent* zum Vorbild nahm und ebenfalls vier Bände umfasste.[307] Doch stimulierte dieses Werk kein der englischen oder US-amerikanischen

---

[303] Seit 1914, 71 Bde.; Untertitel: „A Complete and Systematic Statement of the Whole Body of the Law as Embodied in and Developed by All Reported Decisions". „Systematic" stimmt insoweit nicht, als jedenfalls die Haupteinträge alphabetisch geordnet sind.

[304] 2. Aufl., seit 2005, 142 Bde.; Untertitel: „A Modern Comprehensive Text Statement of American Law: State and Federal". Die erste Auflage, unter demselben Haupttitel und einem ähnlichen Untertitel ist seit 1936 erschienen. – Sowohl „American Jurisprudence" als auch das „Corpus Juris Secundum" werden publiziert von Thomson West. Auch in den Einzelstaaten gibt es ähnliche Enzyklopädien; so etwa „West's California Jurisprudence 3d" mit über 100 Bänden, publiziert ebenfalls von Thomson West.

[305] Den Punkt erwähnt auch *Reimann,* United States (Fn. 291), 291.

[306] *Simpson,* Rise and Fall (Fn. 227), 678 (der so den Niedergang der Tradition von *legal treatises* erklärt).

[307] Zu diesem Werk und seinem Autor, *Beamish Murdoch* aus Halifax, vgl. *P. Girard,* Themes and Variations in Early Canadian Legal Culture: Beamish Murdoch and his Epitome of the Laws of Nova Scotia, Law and History Review 11 (1993), 101–144; *ders.,* The Making of a Colonial Lawyer: Beamish Murdoch of Halifax, 1822–1842, in: C. Wilton (Hg.), Essays in the History of Canadian Law, Bd. 7, 1996, 57–99.

Rechtsentwicklung vergleichbares Aufblühen der Rechtswissenschaft; die kolonialen Verhältnisse waren dazu nicht angetan. Das hat sich seither erheblich geändert. Doch Kommentare gibt es bis heute nur ganz vereinzelt.[308] Orientierung finden kanadische Juristen in langen Reihen von „Digests“[309] bzw. „Abridgments“, in denen in alphabetischer Reihenfolge die einschlägige Rechtsprechung zu einer Vielzahl von Themenkomplexen mitgeteilt und kurz zusammengefasst wird.[310]

3. Der Sonderfall Quebec

Quebec ist ein Sonderfall insoweit, als durch den *Quebec Act* von 1774 der dortigen frankophonen Siedlergesellschaft die Beibehaltung des französischen Rechts konzediert wurde.[311] Damit wurde Quebec eine Enklave des *civil law* in einer durch englisches *common law* geprägten Umwelt. In dieser exponierten Situation konnte das Recht von Quebec vom *common law* nicht vollkommen unberührt bleiben und entwickelte sich so im Laufe der Zeit zu einer „Mischrechtsordnung“.[312] Zunächst allerdings galt das Recht des *ancien régime,* und zwar über 1804 hinaus, da Quebec ja von der französischen Entwicklung abgekoppelt worden war. Von besonderer Bedeutung war hier die *Coutume (de la Prévôté et de la Vicomté) de Paris* (1510/1580), die ihrerseits Gegenstand von Kommentierungen (im strengen Wortsinn) geworden war. Diese stammten zum Beispiel von *Dumoulin, Charondas (Louis Le Caron), Claude de Ferrière* und *François Bourjon.*[313] In Französisch-Kanada spielte, wie *Helge Dedek* zeigt,[314] der Kommentar von *de Ferrière* eine wichtige Rolle. Ein 1775 erschienenes, vierbändigen Handbuch des in Quebec geltenden Rechts von *François-Joseph Cugnet*[315] markiert dann den Beginn einer

---

[308] Vgl. z.B. *L.W. Houlden/C.H. Morawetz,* Bankruptcy Law of Canada, 3 Bde., 3. Aufl., 1998, Loseblattsammlung. Referenztext ist der *Bankruptcy Act* 1985.

[309] Vgl. z.B. Canadian Encyclopedic Digest (Ontario Edition), seit 1926; 3. Aufl., seit 2002.

[310] The Canadian Abridgment, seit 1935; 3. Aufl., seit 2003. Zum Entstehen des Literaturtyp des Abridgments in England siehe *Baker,* Introduction (Fn. 234), 195–197.

[311] Dazu *H. Dedek,* Der Zugang zu kolonialem Recht: Rechtsliteratur und Kommentare in Kanada, in diesem Band, 295–316.

[312] Vgl. im Überblick *M. McAuley,* Quebec, in: V.V. Palmer (Hg.), Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family, 2. Aufl., 2012, 354–380. Zu Mischrechtsordnungen allgemein *J. du Plessis,* Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 192), 474–501.

[313] Dazu z.B. *A.-J. Arnaud,* Les origines doctrinales du Code civil français, 1969, *passim; G. Leyte,* Charondas et le droit français, Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique 2004, 16–33.

[314] *Dedek,* Kanada (Fn. 311), 303.

[315] *F.-J. Cugnet,* Traité abregé des ancienes loix, coutumes et usages de la colonie du Canada aujourd’huy province de Quebec, tiré de la prévôté et vicomté de Paris, Quebec, 1775.

einheimischen Literatur über die Anwendung des französischen Rechts.[316] Dieses Handbuch („traité“) hat kommentarartige Züge insoweit, als es sich an der *Coutume de Paris* orientierte. Unter den bis 1866 erscheinenden Werken war, umgekehrt, auch ein „Kommentar“, der in Wirklichkeit jedoch der Gattung der Institutionenliteratur zuzurechnen ist.[317]

Das Jahr 1866 bedeutete mit dem Inkrafttreten des *Code civil du Bas Canada*[318] eine Zäsur. Nun erschienen „annotierte“ Textausgaben der Kodifikation mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur;[319] es erschien eine Sammlung von (alten und zeitgenössischen) Rechtsquellen in 21 Bänden;[320] und es erschienen Kommentare – solche, die so benannt waren[321] ebenso wie „traités“ im Stil von Kommentaren.[322] Im Übrigen versiegte dieses Literaturformat dann freilich, nicht anders als in Frankreich. Daran änderte sich auch mit dem Inkrafttreten des neuen *Code civil du Québec* im Jahre 1994 nichts. Was es gibt, sind „annotierte“ Textausgaben wie diejenige von *Henri Kélada* mit Hinweisen auf die jeweils einschlägige „Doctrine“ und „Jurisprudence“ und gelegentlich auch mit einem sehr knappen „Commentaire“.[323] Daneben scheint ein Bedürfnis für ausführlichere Kommentare deutschen Stils nicht zu bestehen. Wer einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion leisten will, schreibt Lehrbücher, Monographien oder Aufsätze in Fachzeitschriften.[324]

---

[316] *Dedek,* Kanada (Fn. 311), 299 f., 304 f.

[317] *M. Bibaud,* Commentaires sur les lois du Bas Canada, 2 Bde., Montreal, 1859.

[318] Dazu *Dedek,* Kanada (Fn. 311), 309; *J.E.C. Brierley/R. Macdonald* (Hg.), Quebec Civil Law, 1993, 24–32.

[319] Hierzu *Dedek,* Kanada (Fn. 311), 310.

[320] *C.-C. de Lorimier,* Bibliothèque du Code civil de la province de Québec, Montreal 1871–1890, teilweise unter Mitwirkung von *C.-A. Vilbons.*

[321] *T.-J.-J. Loranger,* Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada, 2 Bde., Montreal, 1873/1879; unvollendet. Vgl. ferner *J.J. Beauchamp,* The Civil code of the province of Quebec annotated, 3 Bde., 1904/1905; Supplement in zwei Bänden von *J.F. Saint-Cyr,* 1931. Um einen kritisch-dogmatischen Kommentar handelt es sich hierbei jedoch nicht, sondern eher um eine Materialsammlung; *Beauchamp* sagt im Untertitel selbst, sein Werk enthalte „the French and English texts and that of the Napoleon code, the authorities and the remarks of the codifiers, the ancient laws, the concordance of the articles, the statutory laws, the Canadian doctrine, the Canadian jurisprudence, the French doctrine and the maxims of law with several appendices“.

[322] *G. Trudel,* Traité de droit civil du Quebec, 17 Bde., seit 1942; nach Bd. 2 von anderen Autoren fortgesetzt. *A. Popovici* bezeichnet dieses Werk als von der *École d'exégèse* inspiriert: Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit, McGill LJ 54 (2009), 223–236. 227.

[323] Code civil du Québec, texte annoté (2004, Loseblattsammlung).

[324] Charakteristisch ist insoweit, dass in dem Werk von *Brierley* und *Macdonald* (Fn. 318), 126, unter dem Stichwort „Forms and authority of doctrine“ Kommentare nicht auftauchen. Vgl. auch *Dedek,* Kanada (Fn. 311), 312.

XIII. Kommentare in Mischrechtsordnungen

1. Südafrika

Quebec ist eine Mischrechtsordnung mit Zivilrechtskodifikation. Es gibt nun aber auch Mischrechtsordnungen, deren Privatrechtsordnung unkodifiziert geblieben ist. Südafrika bietet ein gutes Beispiel.[325] Es handelt sich in seinem Ursprung um das römisch-holländische Recht, das die niederländischen Siedler seit 1652 mit an das Kap der Guten Hoffnung gebracht hatten. Die britische Besetzung des Kaps im Jahre 1806 hatte dann eine Anglisierung des öffentlichen Lebens, einschließlich des Rechtswesens, zur Folge. Zwar wurde das römisch-holländische Recht nie formell durch englisches Recht ersetzt, doch kam es nunmehr in vielen Bereichen zu einer schleichenden Rezeption englischen Rechts.[326] Ähnlich, aber nicht identisch, verlief die Rechtsentwicklung in den Siedlerrepubliken (und späteren britischen Kolonien) Natal, Transvaal (Zuid-Afrikaansche Republiek) und Oranje-Freistaat. Seit der Gründung der Union of South Africa im Jahre 1910 war es in erster Linie die Aufgabe des südafrikanischen Supreme Court, mit der Appellate Division an der Spitze,[327] eine einheitliche Rechtsprechung auf der Grundlage gewissermaßen zweier „common laws“ (des englischen und des kontinentaleuropäischen in seiner römisch-holländischen Gestalt) zu gewährleisten.[328] Damit bildete sich in den vergangenen mehr als einhundert Jahren ein dichtes Netz einheimischer, genuin südafrikanischer Rechtsprechung heraus, die, vor allem in der Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg, kritisch reflektiert, dogmatisch rationalisiert und damit wissenschaftlich aufgearbeitet wurde.[329]

An einem verbindlichen oder allgemein anerkannten Referenztext fehlte es damit aber. Den intellektuellen Grundstein für das römisch-holländische Recht bildete zwar nach wie vor *Hugo Grotius'* „Inleiding“.[330] Dieses Werk wurde

---

[325] Dazu im Einzelnen *R. Zimmermann/D. Visser* (Hg.), Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa, 1996.

[326] Zum Vorstehenden etwa *E. Fagan,* Roman-Dutch Law in its South African Historical Context, in: Zimmermann/Visser, Southern Cross (Fn. 325), 33–64.

[327] Seit dem Umbruch in Südafrika heißt die Appellate Division des Supreme Court Supreme Court of Appeal. Höchstes Gericht ist nunmehr der 1994 neu geschaffene Constitutional Court.

[328] Dazu etwa *D.P. Visser,* Daedalus in the Supreme Court: The Common Law Today, Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg 49 (1986), 127–138.

[329] Überblick über die Entwicklung der Rechtsliteratur in Südafrika bei *R. Zimmermann/D. Visser,* Introduction: South African Law as a Mixed Legal System, in: dies., Southern Cross (Fn. 325), 1–30, 19–30. Überblick über die Bedeutung von Rechtsdogmatik (*legal doctrine*) in Südafrika bei *H. Scott,* The Death of Doctrine? Private Law Scholarship in South Africa Today, in: Basedow/Fleischer/Zimmermann, Legislators (Fn. 98), 223–248.

[330] Dazu bereits oben S. 445.

deshalb im Laufe des 19. Jahrhunderts zweimal ins Englische übersetzt;[331] im Jahre 1926 erschien dann die heute überwiegend benutzte Übersetzung von *Robert Warden Lee,*[332] Professor für *Roman* bzw. *Roman-Dutch Law* zunächst in London, dann in Montreal und schließlich (1921–1956) in Oxford. Derselbe Autor publizierte zehn Jahre später einen regelrechten Kommentar zur „Inleiding", der bestimmt war „to bridge the gulf between Grotius and the present day".[333] Doch hatte *Lee* schon 1915 anerkannt, dass ein Buch aus dem Jahre 1631, welch klassischen Status auch immer es haben mochte, den modernen Leser „in a state of bewilderment as to the nature and content of the Roman-Dutch law administered at the present day by the courts of South Africa" hinterlasse und hatte deshalb sein eigenes Einführungslehrbuch geschrieben.[334] Werke zum modernen südafrikanischen Privatrecht von ähnlicher Autorität wie *Grotius* (und verfasst in demselben kommentar-geeigneten Stil, nämlich in Form prägnanter Propositionen!) gibt es nicht. Formal am nächsten kommt der „Inleiding" der zweibändige Gesamtüberblick von *Lee* und *Honoré;*[335] er ist inspiriert, indirekt, von der Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts[336] und bildet deshalb das südafrikanische Privatrecht in Form von allgemeinen Regeln nach Art einer Kodifikation bzw. eines *Restatement* ab;[337] zwischengeschaltet und drucktechnisch vom Haupttext abgesetzt sind jeweils Abschnitte mit Nachweisen und (kurzen) Kommentaren. Dieser Stil ist auch in der Neuauflage beider Bände beibehalten worden;[338] man kann insoweit von einer Art Inchoativkommentierung sprechen.[339]

---

[331] Dazu, und zu weiteren Übersetzungen, *R. Zimmermann,* Südafrikanische Übersetzungen gemeinrechtlicher Literatur, ZEuP 5 (1997), 536–549. Es existiert übrigens auch eine lateinische Übersetzung der „Inleiding"; sie stammt von *Johannes van der Linden,* dem letzten bedeutenden Autor des römisch-holländischen Rechts und wurde angefertigt offenbar auf Wunsch von britischen Juristen, die das römisch-holländische Recht anzuwenden hatten, ohne doch die holländische Sprache zu verstehen. Erst eineinhalb Jahrhunderte nach ihrer Fertigstellung konnte eine Publikation dieser Übersetzung realisiert werden: *H.F.W.D. Fischer* (Hg.), Hugonis Grotii Institutiones Juris Hollandici, 1962.

[332] *R.W. Lee,* The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius, Bd. 1, 1926.

[333] *R.W. Lee,* Hugo Grotius (Huig de Groot): The Jurisprudence of Holland, Bd. 2, 1936.

[334] *R.W. Lee,* An Introduction to Roman-Dutch Law, 1915, Zitat auf S. v.

[335] *R.W. Lee/A.M. Honoré* (Hg.), The South African Law of Obligations, 1950; *dies.* (Hg.), The South African Law of Property, Family Relations and Succession, 1954.

[336] *Lee/Honoré,* Obligations (Fn. 335), v. Direktes Modell war das *Restatement* des englischen *common law* von *Jenks;* dazu oben S. 485. So enthielt auch Band 1 von *Lee* und *Honoré* (also der Band über das Schuldrecht) einen Allgemeinen Teil – ein dem südafrikanischen Privatrecht ansonsten ganz fremdes Konstrukt.

[337] *Lee* benutzt im Vorwort zu *Lee/Honoré,* Obligations (Fn. 335), v, ausdrücklich den Begriff „to restate […] the law of South Africa".

[338] *E. Newman/D.J. McQuoid-Mason,* Lee and Honoré: The South African Law of Obligations, 2. Aufl., 1978 (mit stark reduzierten Allgemeinen Teil); *H.J. Erasmus/C.G. van*

Im Übrigen ist es aber nicht weiter erstaunlich, dass sich Kommentare zu Kernbereichen des südafrikanischen *common law* nicht finden.[340] Hier dominiert die Lehrbuchliteratur, die, soweit sie von afrikaanssprachigen Autoren verfasst ist, sehr stark vom deutschen Wissenschaftsstil beeinflusst ist.[341] Der Orientierung dient, wie in England der „Halsbury", eine 1976 von *W. A. Joubert* begonnene juristische Enzyklopädie („The Law of South Africa", oder kurz *LawSA*), die insgesamt 63 Bände umfasst; viele von ihnen liegen inzwischen in zweiter oder dritter Auflage vor.[342]

Doch besteht auch das südafrikanische Privatrecht nicht nur aus Rechtsprechungsrecht, das sich auf der Grundlage römisch-holländischer Autoritäten und englischen Rechts entwickelt hat. Vielmehr gibt es für wichtige Bereiche des Privatrechts Teilkodifikationen; so im Zivilprozessrecht, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Arbeitsrecht, Eherecht, Kindschaftsrecht, Wohnungseigentumsrecht und Verbraucherschutzrecht.[343] In vielen dieser Bereiche gibt es einen oder sogar mehrere Kommentare,[344] doch nicht in allen. Warum es im Kindschaftsrecht und im Gesellschaftsrecht Kommentare gibt, im Eherecht und Insolvenzrecht aber nicht,[345] ist unklar. *Alistair Price* schreibt plausibel, dass ohne autoritativen Referenztext Kommentare nicht leicht denkbar sind.[346] Umgekehrt gilt aber nicht, dass ein derartiger Refe-

---

der Merwe/A. H. van Wyk, Lee and Honoré: Family, Things and Succession, 2. Aufl., 1983.

339 Im Untertitel trägt den Begriff „Kommentar" auch *G. Lubbe/C. Murray,* Farlam and Hathaway: Contract: Cases, Materials, Commentary, 1988. Hier handelt es sich aber um Kommentare zu systematisch geordnetem Fallrecht.

340 Es ist insofern kein Zufall, dass sich in dem oben (Fn. 329) erwähnten Literaturüberblick keine Kommentare finden.

341 Herausragend in diesem Sinne *J. C. de Wet/J. P. Yeats,* Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en Handelsreg, 1947; eine fünfte Auflage ist 1992 unter der Autorenschaft von *J. C. de Wet* und *A. H. van Wyk* erschienen. Zu J.C. de Wet, dem wohl bedeutendsten südafrikanischen Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts, *R. Zimmermann/C. Hugo,* South African Legal Scholarship in the 20th Century: The Contribution of JC de Wet (1912–1990), in: J. du Plessis/G. Lubbe (Hg.), A Man of Principle: The Life and Legacy of JC de Wet, 2013, 3–22.

342 Die Parallele zu „Halsbury" zieht der damalige *Chief Justice Rumpff* in seinem Vorwort. Gewidmet ist die Enzyklopädie seltsamer Weise dem größten Kommentator des römisch-holländischen Rechts, Johannes Voet.

343 Überblick bei *A. Price,* Commentaries in South African Private Law: An Indispensable yet Insufficient Form of Scholarship, in diesem Band, 317–329.

344 Vgl. z.B. *J. Yeats* (Hg.), Commentary on the Companies Act of 2008, 2018, Loseblatt; *C.J. Davel/A. Skelton,* Commentary on the Children's Act, 2007, Loseblatt; *T. Naudé/S. Eiselen* (Hg.), Commentary on the Consumer Protection Act, 2015, Loseblatt. Näher dazu *Price,* South Africa (Fn. 343), 322–325.

345 Dazu *Price,* South Africa (Fn. 343), 323 f. Auch etwa *C. G. van der Merwe,* Sectional Titles, Share Blocks and Time-sharing, 2. Aufl., 2013, Loseblatt, ist kein Kommentar.

346 *Price,* South Africa (Fn. 343), 321.

renztext die juristische Diskursgemeinschaft unweigerlich zur Kommentierung herausfordert. Besonders interessant unter den südafrikanischen Kommentaren ist der von *Tjakie Naudé* und *Sieg Eiselen* herausgegebene zum südafrikanischen *Consumer Protection Act.*[347] Einerseits ist er offenbar inspiriert von dem 2008 erschienenen Kommentar zu den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* von *Stefan Vogenauer* und *Jan Kleinheisterkamp*[348] (in dem *Tjakie Naudé* das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommentiert hat), und damit indirekt vom deutschen Kommentarmodell. Andererseits, und damit verbunden, werden hier nicht nur Rechtsprechung und Literatur nachgewiesen, und geht es auch nicht nur darum, die Anwendung des Gesetzes in der Praxis zu erleichtern. Vielmehr haben sich die Herausgeber und ihre zwölf Koautoren zum Ziel gesetzt, das Verbraucherschutzrecht so weit als möglich in das allgemeine Vertragsrecht zu integrieren und von diesem her zu verstehen, sie geben rechtsvergleichende Hinweise, und sie bieten darüber hinaus auch kritische Reflexion des Gesetzes.[349]

2. Schottland

Das schottische Privatrecht, eine andere unkodifizierte Mischrechtsordnung, die in mancher Hinsicht eine ähnliche Entwicklung durchlaufen hat wie die südafrikanische,[350] hat eine eigenständige Kommentarkultur im Grunde nicht entwickelt.[351] Dort wo es keine Gesetze gibt, sondern wo heute noch schottisches *common law* gilt, gibt es auch keine Kommentare (*Restatements* sind in Schottland ebenfalls nicht vorgelegt worden). Wichtige Bereiche des Wirtschaftsrechts (also etwa Kaufrecht, Wechselrecht, Insolvenzrecht, Gesellschaftsrecht) sind für das Vereinigte Königreich insgesamt „kodifiziert“ worden;[352] und soweit dazu in England Kommentare geschrieben worden sind, werden sie auch in Schottland benutzt (selbst wenn sie sich um Sonderbestimmungen für Schottland vielfach nicht kümmern).[353] Eine Ausnahme bildet ein Werk von *Richard Brown* zum *Sale of Goods Act,* das zwei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erschien, um schottischen Juristen „the im-

[347] Vgl. Fn. 344.

[348] Dazu sogleich unter XIV.3., S. 507.

[349] Vgl. die Würdigung bei *Price,* South Africa (Fn. 343), 326.

[350] Näher dazu *R. Zimmermann,* „Double Cross“: Comparing Scots and South African Law, in: ders./D. Visser/K. Reid (Hg.), Mixed Legal Systems in Comparative Perspective, 2004, 1–33, 12–21.

[351] Auch hier ist es deshalb kein Zufall, dass der Überblick von *R. Zimmermann/J. A. Dieckmann,* Das schottische Privatrecht im Spiegel seiner Literatur, ZEuP 3 (1995), 898–910, Kommentare nicht erwähnt.

[352] Dazu oben unter XI.2.

[353] *Sealy/Milman/Bailey* zum Insolvenzrecht (Fn. 249) enthält aber in Bd. 2 einen längeren Abschnitt zu den *Insolvency (Scotland) Rules:* 562–729 (mit allerdings nur sehr wenig Kommentar, zumeist unter der Überschrift „History“).

portant and almost revolutionary changes made by the Act upon the principles and practice of the Scottish law of sale“ zu erläutern. Dies geschah zunächst unter dem Titel „Notes and Commentaries on the Sale of Goods Act 1893“ (1895),[354] in einer zweiten Auflage von 1911 aber als „Treatise on the Sale of Goods with special reference to the law of Scotland“, obwohl es sich nach Form und Inhalt weiterhin um einen Kommentar handelte – das Buch ist nach der Abfolge der *sections* gegliedert, und auf jede *section* folgen „notes“ und „commentary“.

Im Übrigen werden Jahr für Jahr die in und für Schottland erlassenen Gesetze in einer Buchreihe mit „Annotations“ veröffentlicht: „Current Law Statutes Annotated“. Für 2017 sind sieben Bände erschienen, vom *Small Charitable Donations and Childcare Payments Act 2017*[355] bis zum *Seat Belts on School Transport (Scotland) Act 2017.*[356] Die Erläuterungen (*section* für *section*) sind meist recht kurz; sie informieren in der Regel über die Entstehung des Gesetzes und analysieren dessen Text. Außerdem sind sie gewissermaßen zeitlich eingefroren; über spätere Entwicklungen erfährt der Leser naturgemäß nichts. Manche dieser Erläuterungen sind aber auch sowohl länger als auch tieferschürfend und erscheinen dann als separates Buch, das Neuauflagen erleben kann; so etwa im Falle von *Kenneth G. C. Reids* „Requirements of Writing (Scotland) Act 1995“ (2. Aufl., 2015). Auch die Reports der Scottish Law Commission zu geplanten Reformen des schottischen Rechts, gerade auch in Kernbereichen des Privatrechts, enthalten neben einem Gesetzesentwurf in der Regel ausführliche Erläuterungen zu diesem Entwurf.[357] Ansonsten dominieren in Schottland, das überhaupt erst seit den 1960er Jahren eine (zweite) rechtwissenschaftliche Blütezeit erlebt,[358] große (und kleinere) Lehrbücher, sowie Monographien; zudem sind bis heute die Institutionenlehrbücher („institutional writers“) der ersten Blütezeit (im Wesentlichen das 18. Jahrhundert mit Ausstrahlung bis weit in das 19. Jahrhundert hinein) von grundlegender Bedeutung, also vor allem die Werke von *Stair, McKenzie, Bankton, Erskine* und *Bell.*[359] Wohl von England übernahm Schottland die Neigung, das Alphabet für ein geeignetes Ordnungskriterium zu halten; es gibt deshalb eine Reihe juristischer Enzyklopädien, darunter heute eine 1987 begründete in 25 Bänden und mehreren Ergänzungsbänden,

---

[354] Das Zitat im Satz zuvor ist aus dem Vorwort.

[355] Bd. 1 (c. 1).

[356] Bd. 7 (asp 7).

[357] Vgl. z.B. *Scottish Law Commission,* Report on Requirements of Writing, Scot Law Com No 112 (1988).

[358] *K.G.C. Reid,* The Third Branch of the Profession: The Rise of the Academic Lawyer in Scotland, in: Scots Law into the 21st Century: Essays in Honour of W.A. Wilson, 1996, 39–49.

[359] Vgl. etwa *J. W. Cairns,* Institutional Writings in Scotland Reconsidered, Journal of Legal History 4 (1983), 76–117.

die dem Andenken an den *Hugo Grotius* des schottischen Rechts, *James Dalrymple, 1st Viscount of Stair,* gewidmet ist.[360] Anders als zu *Grotius'* Inleiding gibt es zu *Stairs* „Institutions of the Law of Scotland" keine Kommentare.[361]

3. *Israel*

Eine Mischrechtsordnung ganz eigener Art ist diejenige des Staates Israel.[362] Anders als Südafrika, Schottland und Quebec ist hier nicht eine Jurisdiktion des *civil law* allmählich unter den Einfluss des *common law* geraten. Vielmehr war Palästina zur Zeit des britischen Mandats sehr stark vom *common law* beeinflusst, während seit der Staatsgründung im Jahre 1948 eine zunehmende Annäherung an das *civil law* stattfand; das lag vor allem daran, dass viele der Juristen an den Schaltstellen des unabhängigen Israel ihre Ausbildung in Kontinentaleuropa, vor allem in Deutschland, Österreich und Italien, empfangen hatten und vor Nazi-Diktatur und Faschismus nach Palästina hatten fliehen müssen.[363] Hinzu kommt aber, dass Palästina vor der Mandatszeit zum osmanischen Reich gehörte und dass dessen Zivilgesetzbuch (die *Mejelle*)[364] zunächst weitergalt und nur schrittweise, durch zunächst englisches, dann kontinentaleuropäisch geprägtes Recht ersetzt wurde; formell abgeschafft wurde die *Mejelle* in Israel erst im Jahre 1984. Hinzu kommt weiterhin der Einfluss des religiösen, das heißt des traditionellen jüdischen Rechts, teils kraft unmittelbarer Geltung (etwa im Eherecht), teils aber auch durch seinen Einfluss auf die Gesetzgebung.[365] Und schließlich haben die in Israel

---

[360] *The Law Society of Scotland,* The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopedia, seit 1987. Zuvor Green's Encyclopedia of the Law of Scotland, 14 Bde. (seit 1896) und Encyclopedia of the Laws of Scotland, 16 Bde. (seit 1926). Ebenfalls alphabetisch ist Bell's Dictionary and Digest of the Law of Scotland, 7. Aufl., 1890 (es gibt einen Nachdruck von 2012).

[361] Ich danke Kenneth Reid für ein Memorandum zum Thema „Kommentare im schottischen Recht", das er mir freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat.

[362] Vgl. etwa *T. Gidron/S. Goldstein,* Israel, in: V. V. Palmer (Hg.), Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family 2. Aufl., 2012, 577–610; *A. Barak,* The Tradition and Culture of the Israeli Legal System, in: A. M. Rabello (Hg.), European Legal Traditions and Israel, 1994, 473–492.

[363] Vgl. etwa *F. Oz-Salzberger/E. M. Salzberger,* The Hidden German Sources of the Israeli Supreme Court, Tel Aviv University Studies in Law 2000, 79–122; *A. M. Rabello,* An Introduction to the New Israeli Private Legislation: Harmonization of Private Law and Civil Law, in: ders., Legal Traditions (Fn. 360), 565–578. Ich danke Talia Einhorn für diese Hinweise.

[364] Ottomanische Bezeichnung: *mecelle;* arabisch: *majalla.* Dazu *N. Yassari,* Ausstrahlung des europäischen Privatrechts auf islamische Länder, in: HWBEuP (Fn. 16), 150–155, 151 (*Mejelle* als *Restatement* des islamischen Rechts; sie habe aber auch einen „erkennbaren säkularisierenden Effekt" gehabt).

[365] Vgl. *M. Elon* (Hg.), The Principles of Jewish Law, 1975, 39–46; *T. Einhorn,* Commentaries in Israeli Law: Foundations and Future of a Mixed Legal System, in diesem

geborenen Juristen, soweit sie in die Wissenschaft strebten und damit später die Juristenausbildung prägten, zunehmend ihre Orientierung in den USA gesucht.[366] Damit ist die kontinentaleuropäische Prägung heute verblasst.

Kommentare gab es zum einen zur *Mejelle.*[367] Zum zweiten stellt die Tätigkeit des Kommentierens im rabbinischen Judentum „den Redemodus par excellence" dar.[368] Dem rabbinischen Gelehrten geht es um die Aktualisierung und Anwendung autoritativer, da göttlich offenbarter Texte. Eine genuin neue Botschaft kann und darf er nicht verkünden; legitimiert ist das, was er sagt oder schreibt, dadurch, dass er ganz und gar in der Tradition steht. Der Kommentar ist ein besonders geeignetes Medium, diesem „Postulat diskursiver Bindung" Rechnung zu tragen und dessen Einhaltung zu dokumentieren.[369] Im Laufe der Jahrhunderte entstand somit Schicht um Schicht an gelehrten Kommentierungen. So schrieb einer der bedeutendsten jüdischen Gelehrten, *Moses Maimonides,* einen Kommentar zur *Mishnah,*[370] der mit den

---

Band, 331–359, mit Hinweis im Text zu Fußnote 9 auf die Foundations of Law, 5740-1980, wonach Lücken zu füllen sind „in the light of the principles of freedom, justice, equity and peace of Jewish Law and Israel's heritage".

[366] *P. Lahav,* American Moment[s]: When, How, and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools? Theoretical Inquiries in Law 10 (2009), 653–697; *Einhorn,* Israel (Fn. 365), 354.

[367] „Many authors were inspired by the Mecelle to write commentaries on it": *S. Ayoub,* The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries, Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association 2 (2015), 121–146, 134. Einen besonders wichtigen dieser Kommentare analysiert Ayoub im Folgenden. Kommentarliteratur spielt im islamischen Rechtsdiskurs traditionell eine zentrale Rolle. Viele bekannte und heute noch genutzte Werke sind Kommentare zu Büchern anderer Gelehrter oder gar „Superkommentare" (Kommentare zu einem anderen Kommentar). Andere wichtige Kommentare diskutieren Sammlungen der Überlieferungen des Propheten oder den Koran. Ich danke Dominik Krell für diese Hinweise. In der Rechtsprechung der israelischen Gerichte spielt die Mejelle kaum eine Rolle; sie wird gelegentlich erwähnt (zumeist in hebräischer Übersetzung), ohne die jeweilige Entscheidung zu tragen; vgl. z.B. *Y. Meron,* The Mejelle Tested by its Application, Israel LR 5 (1970), 203–215. Ich danke Talia Einhorn für diesen Hinweis.

[368] *R. Reichman,* Kommentare als diskursive Einheiten in der rabbinischen Literatur, in: Kästle/Jansen, Kommentare (Fn. 258), 99–124, 99.

[369] Das Vorstehende nach *Reichman,* Kommentare in der rabbinischen Literatur (Fn. 368), 99 und *E. Otto,* Kommentieren in den Bibelwissenschaften, in: Kästle/Jansen, Kommentare (Fn. 258), 347–361, 353 f.

[370] Die Mishnah ist die erste schriftliche Fassung (vom Ende des 2. Jahrhunderts AD) der sogenannten „mündlichen Torah", die Mose nach jüdischer Überlieferung von Gott neben der „schriftlichen Torah" geoffenbart worden ist. Sie ist ihrerseits im Grunde ein Kommentar zur schriftlichen Torah (d.h. dem ersten Teil der hebräischen Bibel, also dem später in christlicher Tradition sogenannten Pentateuch). Gemeinsam mit der Gemarah (die ihrerseits Diskussion und Kommentar der Mishnah ist) bildet die Mishnah den Talmud. Zur Mishnah vgl. etwa *H.M. Zellentin,* Mishnah, in: Religion in Geschichte und Gegenwart, Bd. 5, 2002, Sp. 1263–1266. Zum mündlichen Recht und zu seiner Verschriftlichung

Summen der christlichen Literatur verglichen worden ist;[371] zudem erarbeitete er eine Kodifikation (*Mishneh Torah* = Wiederholung des Gesetzes),[372] zu der bis Ende des 19. Jahrhunderts mehr als 200 größer dimensionierte Kommentierungen erschienen waren.[373]

Und schließlich, drittens, kam es seit den 1950er Jahren in Israel zum sukzessiven Erlass einer Reihe von Teilkodifikationen im Bereich des Privatrechts nach kontinentaleuropäischem Modell: etwa zu den Themen Verjährung (1958), Geschäftsfähigkeit und Vormundschaft (1962), Erbrecht (1965), Stellvertretung (1965), Kaufrecht (1968), Liegenschaftsrecht (1969), Rechtsbehelfe bei Vertragsverletzung (1970), Recht der beweglichen Sachen (1972), Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (1973), Ungerechtfertigte Bereicherung (1979) oder auch Trusts (1979).[374] Zu den meisten dieser Gesetze erschien in den Jahren von 1972 und 2002 eine Kommentierung[375] in einer nach *Gad Guido Tedeschi* benannten Reihe;[376] *Tedeschi* war bereits vor seiner Emigration Juraprofessor in Italien (Siena) gewesen.[377] Es gab einen zweiten zweimal aufgelegten Kommentar zu einigen dieser Gesetze,[378] es gab einen dreibändigen Kommentar zum Erbrechtsgesetz,[379] und es gibt eine von *Nahum Rakover* initiierte Kommentarreihe,[380] deren Ziel darin besteht, die Gesetze von Standpunkt des jüdischen Rechts aus zu analysieren.

Abgesehen von den Rakover-Kommentaren sind seit 2002 alle anderen Kommentarprojekte zum Stillstand gekommen. Das liegt unter anderem vermutlich daran, dass die zunehmend in den USA ausgebildeten Professoren

---

vgl. *M. Elon,* Jewish Law: History, Sources, Principles, Bd. 1, 1994; zur Mishnah vgl. *dens.,* Jewish Law (*loc. cit.*), Bd. 3, 1041–1082. Zu den Quellen des jüdischen Rechts auch *Einhorn,* Israel (Fn. 365), 335–348.

[371] *P. Johnson,* A History of the Jews, 1987, 186. Zu Maimonides vgl. etwa *M. Heinzmann,* in: Religion in Geschichte und Gegenwart, Bd. 5, 2002, Sp. 689 f.

[372] Dazu *Elon,* Jewish Law III (Fn. 370), 1184–1231.

[373] *Johnson,* History of the Jews (Fn. 371), 191; vgl. auch *Elon,* Jewish Law III (Fn. 370), 1231–1235 („No other halakhic work has had the distinction of being the subject of so many commentaries").

[374] *Gidron/Goldstein,* Israel (Fn. 362), 581 f.; vgl. auch den Abdruck (in englischer Übersetzung) nach *Rabello,* Introduction (Fn. 363), 579–769.

[375] Hierzu und zum Folgenden *Einhorn,* Israel (Fn. 365), 348 f.

[376] Diese Kommentare, so *Einhorn,* Israel (Fn. 365), hätten sich, mit einer Ausnahme, nicht der Mühe unterzogen, die Ursprünge der betreffenden Rechtsregeln in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zu ermitteln und zu analysieren; vielmehr sei nur auf Quellen in englischer Sprache zurückgegriffen worden.

[377] Vgl. die Beiträge von *A. M. Rabello* und *R. Martini,* beide in: Rabello, Legal Traditions (Fn. 360), 3–11.

[378] *A. M. Rabello/G. Shalev/E. Zamir* (Hg.), Brief Commentary on Laws relating to Private Law, 1994; 2. Aufl., 1996.

[379] *S. Shilo,* Commentary on the Succession Law, 3 Bde., 1992–2002.

[380] Vgl. *Einhorn,* Israel (Fn. 365), 349 f.

und Dozenten an den juristischen Fakultäten diese Form wissenschaftlicher Tätigkeit nicht mehr für besonders lohnend halten; und dass auch die maßgeblichen Evaluationsinstanzen sie nicht als Prestigeindikatoren betrachten. Jedenfalls vorläufig gescheitert ist offenbar auch das seit Jahrzehnten vorbereitete Projekt einer Gesamtkodifikation des israelischen Rechts;[381] ein solches israelisches Zivilgesetzbuch hätte möglicherweise ein Referenztext für Kommentierungen werden können.

XIV. Kommentare in Zeiten von Europäisierung und Globalisierung des Rechts

1. Europäisierung und Globalisierung

Die moderne Welt ist zunehmend durch grenzübergreifende Verflechtungen geprägt: in Wirtschaft, Politik, Kultur und vielen anderen Lebensbereichen. Dieses Phänomen wird gemeinhin als Globalisierung bezeichnet. Darauf müssen auch Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und Rechtspolitik reagieren. In der Tat ist denn auch ein transnationaler juristischer Diskurs in Gang gekommen, es sind transnationale Vertragsmuster entstanden, und es gibt transnationales Privatrecht, bindendes ebenso wie solches, das eine Art „persuasive authority“ zu gewinnen trachtet.[382] Bestimmte Regionen der Welt sind wirtschaftlich, politisch und kulturell aber auch noch deutlich stärker untereinander verflochten als mit dem Rest der Welt. Das gilt insbesondere für die Staaten, die sich in der Europäischen Union zusammengeschlossen haben. Hier gibt es demzufolge auch ein sehr viel intensiveres Geflecht rechtlicher Regeln und juristischen Austauschs.[383] Es gibt einen europäischen Gesetzgeber, eine Rechtsprechung europäischer Gerichte, und, jedenfalls teilweise und in Ansätzen, eine europäische Rechtswissenschaft. Es ist damit zu einer auf vielen Ebenen wirksamen Europäisierung des Privatrechts gekommen.[384]

---

[381] Dazu *A. Barak* (emeritierter Professor der Hebrew University of Jerusalem, ehemaliger Präsident des Obersten Gerichtshofes und Vorsitzender der Kodifikationskommission), Introduction to the Israeli Civil Code, in: K. Siehr/R. Zimmermann (Hg.), The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective, 2008, 1–13.

[382] Vgl. z.B. *H. Muir Watt,* Globalization and Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 599–623. Zum Begriff des transnationalen Privatrechts *R. Michaels,* Kommentare zum transnationalen Privatrecht: Grenzen der Entnationalisierung eines nationalen Modells, in diesem Band, 395–416.

[383] *A. v. Bogdandy* spricht von einem „europäischen Rechtsraum“: Der europäische Rechtsraum: Ein Begriff zur Neuausrichtung des Europarechts und besseren Verteidigung europäischer Werte, Archiv des öffentlichen Rechts 144 (2019), 321–357.

[384] Dazu im Überblick *R. Zimmermann,* Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: Reimann/Zimmermann, Handbook of Comparative Law (Fn. 164), 557–598.

Entstanden sind damit sowohl auf europäischer als auch auf über Europa hinausreichender transnationaler Ebene Rechtsquellen, die sich dazu eignen, Gegenstand von Kommentaren zu werden.

2. Europäisches Privatrecht

In Rahmen der Europäischen Union unterscheiden wir den *acquis commun* (also das Substrat des in den nationalen Kodifikationen oder Gemeinrechten niedergelegten Privatrechts) und den *acquis communautaire* (also das Ensemble der von den zuständigen Organen geschaffenen Rechtsakte, die für alle Mitgliedstaaten verbindlich sind).[385] Als mögliche Referenztexte des *acquis communautaire* kommen in erster Linie Verordnungen und Richtlinien in Betracht. Richtlinien sind für die Mitgliedstaaten bindendes Recht, bedürfen aber der Umsetzung. Für die Rechtsanwendung durch die (nationalen) Gerichte sind sie deshalb nur mittelbar, im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung, von Belang. Hieraus dürfte sich erklären, dass Gegenstand von Kommentierungen in denjenigen Mitgliedstaaten, die über eine nennenswerte Kommentarkultur verfügen, die nationalen Umsetzungsakte sind.[386] Die Richtlinien selbst sind jedenfalls bislang nur ganz ausnahmsweise kommentiert worden.[387] Verordnungen sind unmittelbar anwendbares Recht und werden demgemäß, jedenfalls in Deutschland, ausgesprochen häufig und in vielen verschiedenen Formaten kommentiert. Das gilt etwa für die Verordnungen im Bereich des internationalen Privatrechts: sie werden in der Regel in die Kommentarwerke zum BGB integriert, mitunter aber auch zusammen mit anderen Texten zu dem betreffenden Rechtsgebiet kommentiert.[388]

---

[385] Dazu, und zum Folgenden, *J. Kleinschmidt,* Kommentare im europäischen Privatrecht: Rezeption einer Literaturform, in diesem Band, 361–393.

[386] Das betont *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 366.

[387] Vgl. z.B. *S. Grundmann/C. M. Bianca* (Hg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie: Kommentar, 2002 (auch in englischer und französischer Ausgabe erschienen). Neuerdings vgl. z.B. *M. Schauer/M. Gruber,* Directive 2011/7/EU on Combating Late Payment in Commercial Transactions, in: P. Mankowski (Hg.), Commercial Law: Article-by-Article Commentary, 2019, 1303–1362; *P. Kindler/J. Lieder* (Hg.), Corporate Law: Article-by-Article Commentary, 2020; angekündigt ist *R. Schulze/D. Staudenmayer* (Hg.), EU Digital Law: Article-by-Article Commentary, 2020, mit Kommentierung, unter anderem, der Digitale-Inhalte-Richtlinie und der Warenkauf-Richtlinie (beworben wird dieses Werk mit der kryptischen Aussage „a practically-oriented use cases approach“).

[388] Ein Beispiel, im Hinblick auf die Europäische Erbrechtsverordnung, für das erste Modell ist der Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, 7. Aufl., 2018, 1739–2072; für das zweite Modell vgl. *A. Dutta/J. Weber* (Hg.), Internationales Erbrecht, 2016. Ein spanisch-italienisch-deutsches Gemeinschaftsuternehmen in einem englischen Verlag ist *A.-L. Calvo-Caravaca/A. Davì/ H.-P. Mansel* (Hg.), The EU Succession Regulation, 2016.

Die internationalprivatrechtlichen EU-Verordnungen könnten aber, darauf weist *Jens Kleinschmidt* hin, auch Anstoß sein für eine Europäisierung von Kommentaren als Diskursmedium:[389] denn zum einen haben deutsche Autoren damit begonnen, einschlägige Kommentare in englischer Sprache (und damit auf einen internationalen Leserkreis zielend) zu verfassen und herauszugeben;[390] zum anderen sind Kommentare in anderen Ländern und damit auch in anderen Sprachen publiziert worden; sogar in Frankreich und/oder auf Französisch.[391] Im Bereich des Sachrechts wäre es fast zum Erlass einer Verordnung über ein (optionales) Gemeinsames Europäisches Kaufrecht gekommen; ein entsprechender Vorschlag war im Oktober 2011 vorgelegt worden.[392] Bemerkenswert ist nun, dass deutsche Wissenschaftler bereits zu diesem *Vorschlag* zwei Kommentare herausgegeben haben, einer davon in englischer Sprache verfasst.[393] Nachdem dieser Verordnungsvorschlag im Dezember 2014 zurückgezogen worden war, sind beide Kommentare nicht fortgeführt worden; andere, bereits angekündigte Kommentarprojekte wurden nicht weiterverfolgt.[394]

Zum *acquis commun* sind im Bereich des Vermögensrechts seit den 1980er Jahren von unterschiedlichen Wissenschaftlergruppen eine Reihe von Referenztexten erarbeitet worden, die als Modellregeln, *Restatements,* nichtlegislative Kodifikationen oder Privatkodifikationen bezeichnet werden.[395] Im Zentrum der Aufmerksamkeit stand und steht das Vertragsrecht; doch hat die

---

[389] *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 374 f.

[390] Vgl. z.B. *U. Magnus/P. Mankowski* (Hg.), ECPIL (= European Commentaries on Private International Law): Commentary, Bd. 1: Brussels Ibis Regulation, 2016; Bd. 2: Rome I Regulation, 2017; Bd. 3: Rome II Regulation, 2019; Bd. 4: Brussels IIbis Regulation, 2018.

[391] *S. Corneloup* (Hg.), Droit européen du divorce, 2013. *Corneloup,* Professorin an der Universität Paris II, hat in Deutschland Abitur gemacht und ist Mitglied des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht. Vgl. ferner *A. Bonomi/P. Wautelet,* Le droit européen des successions, 2. Aufl., 2016. Die Herausgeber stammen aus Belgien bzw. der Schweiz.

[392] KOM(2011) 635 endgültig.

[393] *M. Schmidt-Kessel* (Hg.), Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Kommentar, 2014; *R. Schulze* (Hg.), Common European Sales Law (CESL): Commentary, 2012. Knapp die Hälfte der Autoren sind freilich Deutsche, viele der anderen haben intensive Verbindungen zur deutschen Rechtswissenschaft. Allgemein zum Phänomen der „Kommentierung vor Anwendbarkeit", für das es auch Beispiele im Hinblick auf die Europäische Erbrechtsverordnung gibt, vgl. *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 376 („[…] können […] zu erwartende Streitstände vorprägen"); *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 98 („Gerade die Kommentierung kann dann den entscheidenden Autoritätsschub bewirken […]").

[394] Vgl. etwa *D. Staudenmayer* (Hg.)*,* Common European Sales Law: Article-by-Article Commentary of the Regulation on a Common Sales Law of the European Union, 2016 (im Internet, etwa bei Schulthess Juristische Medien beschrieben als „nicht mehr lieferbar").

[395] Zu diesem Phänomen *R. Zimmermann,* „Wissenschaftliches Recht" am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in: C. Bumke/A. Röthel (Hg.), Privates Recht, 2012, 21–48.

Study Group on a European Civil Code derartige Referenztexte auch für die anderen schuldrechtlichen Materien und für Teile des Sachenrechts vorgelegt.[396] Die Pionierleistung erbrachte hier die nach ihrem Vorsitzenden sogenannte „Lando-Kommission" mit den 1995, 2000 und 2003 in drei Teilen vorgelegten *Principles of European Contract Law.*[397] Daran anknüpfend sind eine Reihe weiterer Textstufen europäischen Vertragsrechts entwickelt worden, bis hin zum Vorschlag eines „Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts".[398] Inspiriert waren die *Principles of European Contract Law* unter anderem durch die US-amerikanischen *Restatements,*[399] und sie sind deshalb auch ganz ähnlich strukturiert. Im Zentrum stehen, auch drucktechnisch abgesetzt und zusätzlich den jeweiligen Bänden gewissermaßen als Essenz vorangestellt, die „black-letter rules": Regeln nach Art der nationalen Kodifikationen. Hinzu treten dann Kommentare („comments"), die ganz überwiegend exegetischer Natur sind: sie erläutern, was ein bestimmter Begriff oder eine bestimmte Regel bedeuten soll und verdeutlichen das auch anhand von Beispielen („illustrations"). Hinzutreten weiterhin Anmerkungen („notes"), die auf die Grundlagen der jeweiligen Regel in den nationalen Rechtsordnungen hinweisen.[400] Ähnliches gilt für eine weitere wichtige Textstufe des Europäischen Vertragsrechts, den *Draft Common Frame of Reference.*[401] Der Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist demgegenüber ohne derartige Kommentare und Anmerkungen publiziert worden. Auch für den *acquis communautaire* im Bereich des Vertragsrechts ist ein *Restatement* vorgelegt worden; es handelt sich hier um die *Principles of the Existing EC Contract Law,* oder *Acquis Principles.*[402] Ihnen ist der vergleichsweise hilfreichste Apparat von Anmerkungen hinzugefügt worden, da jeweils auch die

---

[396] *C. v. Bar/E. Clive* (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Bde. 1–4, 2009. Zum Deliktsrecht vgl. auch *European Group on Tort Law* (Hg.), Principles of European Tort Law: Text and Commentary, 2005.

[397] *O. Lando/H. Beale* (Hg.), Principles of European Contract Law, Part I, 1995; Parts I and II, 2000; *O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann* (Hg.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

[398] Dazu *R. Zimmermann,* The Textual Layers of European Contract Law, in: H. Scott/ A. Fagan (Hg.), Private Law in a Changing World: Essays for Danie Visser, 2019, 165–199.

[399] Dazu *Michaels,* Restatements (Fn. 261), 1296–1297.

[400] Zu diesen „notes" vgl. *N. Jansen/R. Zimmermann,* „A European Civil Code in All But Name": Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, Cambridge LJ 69 (2010), 98–112, 105 f.

[401] Vgl. Fn. 396.

[402] *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)* (Hg.), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Contract II, 2009. Dazu *N. Jansen/ R. Zimmermann,* Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the „Principles of the Existing EC Contract Law", Modern LR 71 (2008), 505–534.

Grundlagen der Regeln im *acquis communautaire* erörtert werden. Die von den Verfassern der *Restatements* gegebenen Erläuterungen sind Kommentare, wenngleich sie die Funktionen des klassischen juristischen Kommentars nur teilweise und eher rudimentär erfüllen.[403] Externe Kommentare, die diese Funktion hätten wahrnehmen können, sind bis in die jüngste Zeit hinein – sieht man von dem Verordnungsentwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht ab – nicht erschienen.

3. *Transnationales Privatrecht über Europa hinaus*

Auch für das transnationale Vertragsrecht, soweit es sich nicht speziell um europäisches Privatrecht handelt, ist ein *Restatement* – im Sinne einer von einer Wissenschaftlergruppe erarbeiteten Privatkodifikation – vorgelegt worden: die unter dem Patronat von UNIDROIT entstandenen *Principles of International Commercial Contracts.*[404] Zu diesem Text haben zwei in England tätige deutsche Rechtswissenschaftler im Jahre 2009 einen Kommentar herausgegeben:[405] ganz im Stil eines herkömmlichen Erläuterungswerkes deutscher Provenienz – nur dass es sich eben nicht auf staatlich gesetztes Recht bezieht. Dieser Kommentar liegt inzwischen in zweiter Auflage vor[406] und hat bereits das Erscheinen weiterer Werke ähnlichen Charakters stimuliert.[407] Er leistet, wie *Nils Jansen* in einer Rezension schreibt, einen Beitrag zur Herausbildung und Verwissenschaftlichung eines transnationalen Vertragsrechts „auf einem dogmatischen Reflexionsniveau, das gegenwärtige und historische Vergleiche nicht zu scheuen braucht".[408] Dabei erinnert der Hinweis auf die Rechtsgeschichte daran, dass vor dem Zeitalter der nationalstaatlichen Kodifikationen Kommentare zu nicht-staatlichen, international anerkannten Referenztexten (insbesondere dem *Corpus iuris civilis*) gang und gäbe waren.[409]

---

[403] Abweichend deshalb *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 384–386.

[404] *UNIDROIT* (Hg.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994; 2. Aufl., 2004; 3. Aufl., 2010; 4. Aufl., 2016. Die *UNIDROIT Principles* enthalten im Gegensatz etwa zu den *Principles of European Contract Law* keine „notes", sondern lediglich „comments". Das wird vielfach kritisiert; vgl. etwa die Diskussion bei *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 6), 131–133.

[405] *S. Vogenauer/J. Kleinheisterkamp* (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009.

[406] *S. Vogenauer* (Hg.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., 2015.

[407] *R. B. Bobei,* Concise Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, 2017; *E. J. Brödermann,* UNIDROIT Principles, in: Mankowski, Commercial Law (Fn. 387), 462–827; siehe auch *D. M. Bovio* (Hg.), Comentario a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional, 2. Aufl., 2003.

[408] *N. Jansen,* Rezension: Vogenauer/Kleinheisterkamp, PICC (Fn. 405), JZ 2009, 1008 f., 1009; vgl. auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 97 f.

[409] Oben S. 443 f.

Sehr viel häufiger sind Kommentare zu bindendem transnationalem Privatrecht, also zu (völkerrechtlich verankertem) internationalem Einheitsprivatrecht. Das gilt insbesondere für das *UN-Kaufrecht,* das inzwischen etwa 90 Staaten ratifiziert haben[410] und das damit zum erfolgreichsten Akt internationaler Privatrechtsharmonisierung geworden ist.[411] Hierzu liegen deutlich mehr als dreißig Kommentare vor,[412] darunter überdurchschnittlich viele von deutschen Autoren verfasste und herausgegebene, häufig im Rahmen eines der gängigen BGB-Kommentare.[413] Kommentiert worden sind auch standardisierte internationale Handelsklauseln wie etwa die *Incoterms.*[414] Schließlich rechnet *Ralf Michaels* auch Kommentare zum ausländischen Privatrecht zum Bereich des transnationalen Rechts.[415] Das ist zunächst überraschend, leuchtet aber angesichts der Tatsache ein, dass sich diese Werke in der Regel an Juristen wenden, die nicht der Juristengemeinschaft des Landes angehören, mit dessen Recht sich der Kommentar befasst. Hierhin gehört das Werk von *Schirrmeister* und *Prochownik* zum Bürgerlichen Recht Englands, und hierhin gehört auch der angekündigte Kommentar zum BGB in englischer Sprache.[416]

4. *Herausforderungen*

Die Europäisierung und darüberhinausgehende Transnationalisierung, oder Globalisierung, von Recht und Rechtswissenschaft stellt den Literaturtyp „Kommentar" vor besondere Herausforderungen.[417] Zwar bestehen Unterschiede zwischen Globalisierung und Europäisierung; sie liegen neben der stärkeren politischen, ökonomischen und kulturellen Verflechtung im Rahmen der Europäischen Union darin, dass es hier einen Unionsgesetzgeber gibt und auch Unionsgerichte (wenngleich keine für das Privatrecht insgesamt zuständigen nach dem Modell des Bundesgerichtshofs oder auch des Supreme Court), dort aber nicht. Dennoch sind die Herausforderungen ähnlich. So geht es bei der Etablierung von einheitlichem (bindendem oder nicht bindendem)

---

410 Aktuelle Liste bei *R. Schulze/R. Zimmermann* (Hg.), Europäisches Privatrecht: Basistexte, 6. Aufl., 2020, unter II.5.

411 Aber auch andere Übereinkommen sind häufig kommentiert worden, etwa dasjenige über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr; vgl. etwa *K.-H. Thume* (Hg.), CMR, 3. Aufl., 2013, mit Liste von Kommentaren und Handbüchern auf S. 1258–1260.

412 Vgl. etwa die Liste in *U. Magnus,* Wiener UN-Kaufrecht (CISG), in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2018, xi f.

413 Der bekannteste separat erschienene Kommentar ist *P. Schlechtriem/I. Schwenzer/ U. G. Schroeter,* Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., 2019; von ihm gibt es auch eine englische Ausgabe (4. Aufl., 2016).

414 *B. Piltz/J. Bredow* (Hg.), Incoterms 2010, 2016.

415 *Michaels,* Kommentare (Fn. 382), 395–416.

416 Zu beiden oben Fn. 269 und unter XI.4., S. 485, 1. Absatz.

417 Das Folgende nach *Michaels,* Transnationales Privatrecht (Fn. 382), 405–407.

Recht immer auch darum (oder sollte jedenfalls darum gehen), unterschiedliche Rechtskulturen zusammenzubringen. Diese unterschiedlichen Rechtskulturen als Grundlage des Einheitsrechts sind von den Kommentatoren offenzulegen und zu reflektieren. Damit verbunden ist das Problem mehrerer Sprachfassungen, das bei der Auslegung eines Regelwerks zu berücksichtigen sein kann. Ebenfalls damit verbunden ist die Notwendigkeit, sich von nationalen Denkgewohnheiten und Systemstrukturen möglichst zu lösen, um dem transnationalen Charakter des kommentierten Rechtstextes gerecht zu werden. Wo es, wie zum UN-Kaufrecht oder zum europäischen Verordnungsrecht, Rechtsprechung gibt, besteht eine Herausforderung darin, nicht nur die Rechtsprechung der Gerichte des eigenen Landes zu berücksichtigen. Auch bei der Rezeption der teilweise überreichen Literatur[418] sollte nationale Befangenheit keine Rolle spielen. Die Entstehungsgeschichte von transnationalen juristischen Texten kann schwieriger zu ermitteln sein als im jeweils gewohnten, nationalen Kontext;[419] und die Ergebnisse eines rechtsvergleichenden Diskurses, die in die Kommentierung einfließen sollten, sind meist auch weniger leicht festzustellen als ein Streitstand im nationalen Recht.

Diese Herausforderungen bewältigen die transnationalen (einschließlich der europäischen) Kommentare in ganz unterschiedlichem Maße. Dabei spielt eine Rolle, ob ein Kommentator in erster Linie die Rechtsanwendung durch die Gerichte einer bestimmten, in der Regel nationalen, juristischen Diskursgemeinschaft im Auge hat. Das ist bei Kommentierungen zum UN-Kaufrecht und zu den EU-Verordnungen vielfach der Fall. Damit verbunden ist dann aber die Gefahr eines Auseinanderstrebens der Diskurse und der auf diesen Diskursen beruhenden Rechtsprechung.

Allgemein lässt sich sagen, dass es vor allem (unmittelbar) anwendbare Texte sind, die kommentiert werden.[420] Paradigmatisch deutlich wird das in dem Buch von *Gebauer* und *Wiedmann,* wo Verordnungen nach Art eines klassischen Kommentars Artikel für Artikel kommentiert werden, während Richtlinien zwar abgedruckt und in einer diskursiven Einführung vorgestellt werden, wo sich die Darstellung dann aber – in Form eines Aufsatzes! – auf die umgesetzten Normen des nationalen (in diesem Fall also deutschen) Rechts konzentriert.[421] Insofern streben die Kommentatoren eine Verbindung von Wissenschaft und Praxis an, wie sie auch für die nationalen Kommentare

---

[418] Vgl. zum CISG die gut hundert Seiten lange Literaturliste (in Kleindruck) bei *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter,* CISG (Fn. 413), xliii–cxliv.

[419] Vgl. etwa *W. Doralt,* Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, RabelsZ 75 (2011), 260–285, 270 f.; *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 383 f.

[420] Diesen Punkt hebt *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 366, 392 hervor.

[421] *M. Gebauer/T. Wiedmann* (Hg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., 2010. Dieses Beispiel nennt auch *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 371.

in einer Vielzahl von Ländern, meist nach dem Modell des deutschen Rechts, charakteristisch ist oder jedenfalls beabsichtigt wird. Auch als transnationales Diskursmedium wird der der Kommentar vor allem von deutschen Autoren propagiert;[422] und wenn er sich international immer stärker durchzusetzen scheint, so bedeutet das sicherlich einen Export deutscher Rechtskultur. Sofern der Kommentar als Diskursmedium international als sachgerecht betrachtet wird, liegt darin nichts Verwerfliches.[423]

Kommentare zum transnationalen Privatrecht erfüllen im Prinzip dieselben Funktionen wie Kommentare zum nationalen Privatrecht: Sie dienen als Erläuterungsbuch, Wissensspeicher und Wissensfilter, als Wissensorganisator und Wissensgestalter, und sie bieten ein Forum für Kritik.[424] Besonders wichtig ist aber bei transnationalen Texten ihre Konkretisierungs- und Stabilisierungsfunktion. Das gilt vor allem dort, wo es noch keine konkretisierende und stabilisierende Rechtsprechung gibt, und es gilt vor allem deshalb, weil es an einem orientierenden Referenzrahmen fehlt, der im nationalen Recht in der Regel vorhanden ist. Hinzu kommt, dass Kommentare zu transnationalen Rechtstexten einen wichtigen Beitrag zur Legitimierung dieser Referenztexte leisten können. Das gilt natürlich in erster Linie für nicht bindende Texte: Eine Kommentierung durch unabhängige Wissenschaftler verleiht solchen nicht schon durch staatlichen Geltungsbefehl legitimierten Texten eine Aura von Autorität.[425]

---

[422] Diesen Punkt hebt *Michaels,* Transnationales Privatrecht (Fn. 382), 415 besonders hervor.

[423] Vgl. *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 258), 390, aber auch *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 95 f.; *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 375. Allenfalls mag man sich fragen, ob der Kommentar in bestimmten Kontexten tatsächlich der am besten geeignete Literaturtyp ist. So kann man gespannt sein auf die Rezeption des angekündigten umfangreichen Kommentars zum BGB in englischer Sprache. In Deutschland dürfte er keine Rolle spielen, da man sich hier für die praktische Rechtsanwendung auf zahllose Kommentare in deutscher Sprache stützen kann. Ausländischen Juristen hingegen könnte besser gedient sein mit einer zielsprachenorientierten Übersetzung des BGB (dazu im vorliegenden Zusammenhang die Beobachtung von *Michaels,* Transnationales Privatrecht [Fn. 382], 408 f.) und mit handbuchartigen Überblicksaufsätzen als mit einer Kommentierung Artikel für Artikel. Weiteres zu dem Punkt, ob die Form der Kommentierung zum transnationalen Privatrecht in jedem Fall wirklich passt, bei *Michaels, loc. cit.,* 404.

[424] Dazu näher, mit den hier gebotenen Nuancierungen *Michaels,* Transnationales Privatrecht (Fn. 382), 409–414.

[425] *Jansen,* Rezension Vogenauer/Kleinheisterkamp (Fn. 408), 1009; *Kästle-Lamparter,* Welt der Kommentare (Fn. 5), 98; *Calliess,* Kommentar und Dogmatik (Fn. 258), 384–389; *Michaels,* Transnationales Privatrecht (Fn. 382), 407, 408, 413 f. Allgemein zur Frage, wie nicht-legislative Texte Autorität gewinnen, *Jansen,* Making Legal Authority (Fn. 6), 95–137.

5. „Wissenschaftliche Werke in besonderer Form"

Dafür bietet der Kommentar von *Vogenauer* zu den *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* ein besonders eindrucksvolles Beispiel. Denn dieser Kommentar zielt jedenfalls nicht in erster Linie auf die Rechtsanwendung ab. Die *UNIDROIT Principles* sind kein staatliches Recht; ihre Geltung kann deshalb auch nicht im Wege der Rechtswahl vereinbart werden.[426] Staatliche Gerichte und Schiedsgerichte beziehen sich nur gelegentlich auf sie;[427] der Auslegung werden ihre Regeln nur selten unterworfen.[428] Im Grunde ist der UNIDROIT-Kommentar ein Werk der Wissenschaft über ein Werk der Wissenschaft (wie *Van der Keesels* „Praelectiones" über *Grotius'* „Inleiding" oder *Peter Müller* über *Struve*);[429] oder: „ein wissenschaftliches Werk in besonderer Form".[430]

Im Übrigen gibt es weitere rein wissenschaftlich ausgerichtete Werke in Kommentarform im Bereich des transnationalen Privatrechts. Zum einen sind seit 2002 drei Bände einer in den Niederlanden initiierten Reihe zu den *Principles of European Contract Law* im Vergleich zum niederländischen, italienischen und deutschen Recht erschienen (wobei der Band zum deutschen Recht auch den vertragsrechtlichen Teil des *Draft Common Frame of Reference* in den Vergleich mit einbezieht).[431] Diese Bände sind, was das Kommentarformat betrifft, ungewöhnlich insoweit, als als Referenztexte die europäischen Modellregeln und die entsprechenden Vorschriften der jeweiligen nationalen Rechtsordnung dienen; als übergeordnete, den Band strukturierende Referenztexte jedoch die europäischen Modellregeln. Mit der Wahl dieses einheitlichen, europäischen Bezugsrahmens erleichtern die Bände ausländischen Juristen den Zugang zum niederländischen, italienischen und deutschen Recht; gleichzeitig wird damit die europäische Entwicklung an nationale Traditionen rückgekoppelt.[432]

---

[426] Art 3 Rom I-Verordnung. Die Parteien können die PICC aber in ihren Vertrag inkorporieren.

[427] *S. Vogenauer,* in: ders., PICC (Fn. 406), Introduction Rn. 44–49.

[428] *R. Michaels,* in: Vogenauer, PICC (Fn. 406), Preamble I Rn. 108–142.

[429] Vgl. oben Fn. 17 und 19.

[430] *Michaels,* Transnationales Privatrecht (Fn. 382), 415.

[431] *D. Busch et al.* (Hg.), The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary, 2002; *D. Busch et al.* (Hg.), The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law: A Commentary, 2006; *L. Antoniolli/A. Veneziano* (Hg.), Principles of European Contract Law and Italian Law, 2005; *S. Leible/M. Lehmann* (Hg.), European Contract Law and German Law, 2014. In gewisser Weise ein Parallelprojekt, das aber nicht die Kommentarform wählt, sondern die Form jeweils von zwei Autoren verfasster Essays, ist *G. Dannemann/S. Vogenauer* (Hg.), The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law, 2013. Einen Vergleich der Literaturformen im europäischen Privatrecht bietet *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 389–392.

Zum anderen sind im Herbst 2018 die „Commentaries on European Contract Laws“ erschienen.[433] Der zweite Plural in diesem Titel bezieht sich auf die vielen unterschiedlichen Textstufen eines europäischen Vertragsrechts,[434] die hier verarbeitet sind (darunter auch die über Europa hinausreichenden transnationalen Texte – wie das *CISG* und seine Vorstufen oder die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* –, die aber natürlich auch für Europa von erheblicher Bedeutung sind). Der erste Plural nimmt den Titel des Werks von *Sir William Blackstone*[435] auf und betont seinen experimentellen Charakter. Im Wesentlichen geht es in den „Commentaries“ um zweierlei.[436] Einerseits werden hier die soeben erwähnten Textstufen einem kritischen Vergleich unterzogen, um so in dem Labyrinth der Regelwerke Orientierung zu schaffen.[437] Andererseits werden sie aber vor dem rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Hintergrund des europäischen Vertragsrechts analysiert, und damit daraufhin untersucht, ob und inwieweit sie tatsächlich Ausdruck eines „common core“[438] desselben sind. Auch darin liegt, wie im Falle der niederländischen Reihe, eine Rückkopplung der europäischen Diskussion an die nationalen Traditionen. Das normale Kommentarformat wird in den „Commentaries“ dahin variiert, dass vor dem eigentlichen Kommentar nicht nur *ein* Text, sondern neben- bzw. untereinander die jeweils wichtigsten Textstufen allesamt abgedruckt werden. Ausgangspunkt ist allerdings für das allgemeine Vertragsrecht der um das Richtlinienrecht erweiterte Text der *Principles of European Contract Law;*[439] für das Kaufrecht dienen Regeln aus *CISG, DCFR,* Entwurf des *Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts* und Richtlinienrecht als Ausgangspunkt. Die Wahl der Kommentarform begründen die Herausgeber der „Commentaries“ unter anderem damit, dass so ein nuanciertes und detailreicheres Bild des europäischen Vertragsrechts gewonnen werden könne als durch ein Lehrbuch. Damit wird gleichzeitig ein Beitrag zu dessen Stabilisierung geleistet.[440]

---

[432] Den letzteren Punkt betont *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 392.

[433] *N. Jansen/R. Zimmermann* (Hg.), Commentaries on European Contract Laws, 2018. Näher dazu, insbesondere auch zu Unterschieden zu klassischen BGB-Kommentaren, *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 386–389. Von der Zusammensetzung seiner Autorenschaft her ist dieses ein deutsches Werk; nicht nur sind die beiden Herausgeber Deutsche, auch alle anderen zwanzig Autoren sind deutschsprachige Akademiker.

[434] Dazu oben Fn. 398.

[435] Oben Fn. 219.

[436] Dazu *N. Jansen/R. Zimmermann,* General Introduction – European Contract Laws: Foundations, Commentaries, Synthesis, in: dies., Commentaries (Fn. 433), 1–18.

[437] *N. Jansen/R. Zimmermann,* Im Labyrinth der Regelwerke, ZEuP 25 (2017), 761–764.

[438] *Lando/Beale,* PECL I and II (Fn. 397), xxiv.

[439] Vgl. oben Fn. 397.

[440] CECL/*Jansen/Zimmermann* (Fn. 436), General Introduction Rn. 32, 36; dazu auch *Kleinschmidt,* Europäisches Privatrecht (Fn. 385), 389.

6. Exkurs: Völkerrecht

Auch das Völkerrecht ist transnationales Recht. Die Tradition der Kommentierung völkerrechtlicher Texte reicht zurück auf die Epoche, als die ersten, autoritativen Texte des neueren, säkularen Natur- und Völkerrechts entstanden, vor allem also *Hugo Grotius,* „De jure belli ac pacis" (1625). Dieses Werk wurde in der Folgezeit vielfach kommentiert;[441] ebenso wie bei *Grotius'* „Inleiding"[442] handelt es sich damit also um die Kommentierung nicht von gesetzlichen Vorschriften, sondern von akademischer Literatur. Andere Autoren verfassten Schriften in der Form von Propositionen, die sie selbst mit Kommentaren versahen; dazu gehören *Christian Wolff* mit seinen Werken „Ius naturae" (8 Bände, 1740–1748)[443] und „Ius gentium methodo scientifica pertractatum" (1749), aber auch *Immanuel Kant* mit seinem „philosophischen Entwurf" „Zum ewigen Frieden" (1795). Im 19. Jahrhundert versuchten sich Autoren wie *Johann Caspar Bluntschli* und *David Dudley Field* an der Aufgabe, die Grundsätze des Völkerrechts „in einer gesetzähnlichen Formulierung"[444] bzw. als Kodifikationsentwurf,[445] also regelförmig, niederzulegen; und auch sie versahen diese Regeln mit Kommentaren.

Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat sich ein immer dichter werdendes Geflecht von völkerrechtlichen Verträgen etabliert, die insbesondere, sofern sie als universell gedacht sind und damit allen Staaten zur Ratifikation offenstehen,[446] gut geeignete Referenztexte für Kommentierungen bilden. Derartige Kommentierungen gibt es in großer Fülle,[447] vor allem in deutscher und englischer, aber auch zum Beispiel in französischer Sprache.[448] Wiederum handelt es sich um eine Literaturform, die stark von der deutschen Völkerrechtslehre geprägt ist.[449] Das zeigt sich nicht nur an den deutschsprachigen Kommentaren,[450] sondern auch daran, dass eine Reihe der großen, auf Englisch verfassten Kommentare von deutsch(sprachig)en Autoren begründet worden sind und herausgegeben werden.[451] Für den englischen Sprachraum populari-

---

[441] Nachweise bei *Jansen,* Methoden (Fn. 13), 45 f.

[442] Dazu oben Fn. 15 und 330.

[443] Dazu schon oben Fn. 22.

[444] *J. C. Bluntschli,* Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten, Nördlingen, 1868.

[445] *D. D. Field,* Draft: Outlines of an International Code, New York, 1872.

[446] Diesen Punkt hebt *C. Djeffal,* Kommentarpraxis und Kommentarkultur im Völkerrecht: Einheit, Vielheit, Besonderheit, in diesem Band, 417–439 hervor.

[447] Vgl. den Überblick bei *Djeffal,* Völkerrecht (Fn. 446), 422 f., 434–439.

[448] *J.-P. Cot/M. Forteau/A. Pellet* (Hg.), La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article, 2 Bde., 3. Aufl., 2005.

[449] *Djeffal,* Völkerrecht (Fn. 446), 432.

[450] Zum Beispiel *J. A. Frowein/W. Peukert,* Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2009.

[451] Vgl. z.B. *B. Simma et al.* (Hg.), The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl., 2012; *A. Zimmermann/C. J. Tams* (Hg.), The Statute of the International Court of

siert heute insbesondere die Reihe der „Oxford Commentaries on International Law" (Oxford University Press) die Kommentarform.[452] Zu den innovativen Kommentarformen gehört ein Konkordanzkommentar, der die Wechselwirkungen zwischen deutschem und europäischem Grundrechtsschutz behandelt.[453] Mitunter kommentieren Organe internationaler Organisationen die für ihre Tätigkeit maßgeblichen Normen. So veröffentlicht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte „Guides", um Praktiker möglichst aktuell und zuverlässig über die eigene Rechtsprechung zu unterrichten.[454] Von erheblicher Bedeutung für die völkerrechtliche Kommentarpraxis ist zudem die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen,[455] die nach Art. 20 des Statuts der Völkerrechtskommission gehalten ist, ihre Entwürfe in Form von Artikeln vorzubereiten und der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit einem Kommentar vorzulegen. Dieser Kommentar soll enthalten, unter anderem, eine „[a]dequate presentation of precedents and other relevant data, including treaties, judicial decisions and doctrine".

XV. Bilanz und Ausblick

Das Zwischenfazit unter VIII. bezog sich auf die Kommentare zum Bürgerlichen Recht in Österreich, Deutschland, der Schweiz, Frankreich, Belgien, Italien, den Niederlanden, Spanien und Portugal, also auf kontinentaleuropäische Rechtsordnungen des deutschen und romanischen Rechtskreises. In den Abschnitten IX.–XIV. wurde der Blick geweitet auf eine Reihe von kontinentaleuropäisch geprägten Ländern außerhalb Europas und Transformationsstaaten, auf England und dessen Tochterrechte, auf Mischrechtsordnungen und auf moderne Formen transnationalen Privatrechts. Vieles von dem, was im Zwischenfazit festgehalten wurde, lässt sich einfach fortschreiben. Die deutsche Kommentarkultur ist außerordentlich einflussreich; Kommentare deutschen Musters finden wir in so unterschiedlichen Gegenden der Welt wie Polen, Japan und Brasilien. Aber es gibt auch Kommentare anderen Typs: sehr einfache, der autoritären Kommunikation „von oben nach unten" die-

---

Justice: A Commentary, 3. Aufl., 2019; *O. Dörr/K. Schmalenbach* (Hg.), Vienna Convention on the Law of Treatise: A Commentary, 2. Aufl., 2018; *C. Grabenwarter,* European Convention on Human Rights: Commentary, 2014.

[452] Dahin gehören zum Beispiel die soeben erwähnten Kommentare von *Simma et al.* und von *A. Zimmermann/Tams.*

[453] *O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn* (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2 Bde., 2. Aufl., 2013.

[454] Vgl. z.B. *European Court of Human Rights* (Hg.), Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights: Right to life (updated 31 December 2019). Näher zu diesen Guides *Djeffal,* Völkerrecht (Fn. 446), 427.

[455] Dazu näher *Djeffal,* Völkerrecht (Fn. 446), 428–431.

nende ebenso wie rein exegetisch angelegte oder nur auf die Rechtsprechung fokussierte. Es gibt Kommentare, die im Dienst eines Dialogs von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis stehen, und es gibt solche, die in erster Linie wissenschaftliche Ziele verfolgen, indem sie zum Beispiel historisch, historisch-vergleichend oder vergleichend (Kommentare zum ausländischen Privatrecht oder zur vergleichenden Analyse von nationalen Rechtsordnungen und internationalen Modellregeln) orientiert sind.

Vielfach erfüllen Kommentare nur einzelne der eingangs genannten Funktionen, die ein Kommentar eigentlich erfüllen kann; vor allem Kontextualisierung, kritische Reflexion und rechtsdogmatischer Diskurs sind mancherorts so gut wie ausschließlich anderen Literaturformaten überlassen. Rechtsordnungen, die zu derselben Rechtsfamilie gehören, oder von ähnlichen historischen Erfahrungen geprägt sind, können ganz unterschiedliche Kommentarkulturen (oder auch überhaupt keine nennenswerte Kommentarkultur) entwickelt haben: das gilt für Chile im Vergleich zu Argentinien oder Brasilien ebenso wie für Polen im Vergleich zur Russischen Föderation. Es gibt das Phänomen einer Hypertrophie der Kommentarliteratur ebenso wie dasjenige einer ausgesprochenen Dürre; das Ansehen und die Bedeutung von Kommentaren kann von Land zu Land stark variieren; die Grenzlinien zwischen den verschiedenen Literaturtypen können sich auflösen, indem einerseits als Kommentar bezeichnete Bücher in Wahrheit systematische Abhandlungen sind und andererseits „traités“ im Stil von Kommentaren abgefasst werden. Die Kodifikation oder Neukodifikation des Rechts (Argentinien) kann ein Anreiz zur Publikation von Kommentaren sein. Im europäischen Privatrecht finden wir sogar das Phänomen der Kommentierung eines Kodifikationsentwurfs – also eines Rechtsakts, dessen Erlass noch zweifelhaft ist.

Überraschend interessant ist die Betrachtung von England und der vom englischen Recht geprägten Rechtsordnungen. Auch hier findet sich in erheblichem Umfang Gesetzesrecht, teilweise in Form umfassender angelegter Gesetze für bestimmte Bereiche des Privatrechts. Diese Teilkodifikationen werden durchaus kommentiert; doch ist die Anlehnung an den Text vielfach eher locker. Denn einerseits sind die Erläuterungswerke von dem traditionell stark fall- und weniger stark regelorientierten englischen Rechtsdenken geprägt; andererseits müssen sie auf die sehr detaillierte englische Gesetzgebungstechnik Rücksicht nehmen, die eine Orientierung an der Reihenfolge der Vorschriften nicht nahelegt. Kernbereiche des englischen Privatrechts, die nach wie vor auf *common law* beruhen, eignen sich an sich nicht für eine Kommentierung, da Fallrecht keinen hierfür geeigneten Referenztext bildet. Sowohl in England als auch in den USA sind jedoch Formate entwickelt worden, denen sich ohne Weiteres Kommentare hinzufügen lassen. In den USA und neuerdings auch in England sind das *Restatements* für bestimmte Bereiche des Privatrechts, in den USA zudem *Uniform Laws.* In England wird damit im Grunde an die weithin in Vergessenheit geratene Tradition der

Erstellung von „Digests" angeknüpft. *Restatements, Uniform Laws* und *Digests* werden bzw. wurden publiziert in Form von Regeln oder allgemeinen Propositionen, jeweils unter Hinzufügung von Erläuterungen. Diese Erläuterungen stammen von den Verfassern der Referenztexte selbst; sie bilden damit ein Pendant zu den Kommentaren der Väter von Kodifikationen der „civilian tradition", von *Bluntschli* und von *Zeiller* bis hin zu *Beviláqua.* Gerade in England hat es aber auch ein bis weit ins 19. Jahrhundert hinein ausgesprochen einflussreiches Werk im Stil der *Glossa ordinaria* gegeben („Coke's Commentary upon Littleton"), während ein anderes Grundlagenwerk der englischen Rechtsliteratur des 18. Jahrhunderts die Bezeichnung eines Kommentars nur in seinem Titel trug. In Wahrheit handelt es sich um ein Institutionenlehrbuch, wie wir es auch in den USA, Kanada und Schottland finden (in den USA und Kanada ebenfalls unter dem Titel „Commentaries").

In England, den USA, Kanada, Schottland und Südafrika übernehmen die Funktion eines Wissensspeichers und Wissensorganisators gewaltige, alphabetisch nach Sachgebieten angeordnete Enzyklopädien (für die in Kanada verwirrenderweise der Begriff „Digest" verwendet wird – er hat also nichts zu tun mit den *Digests* des englischen Rechts und schon gar nicht mit den römischen Digesten –, in den USA der ebenfalls falsche Assoziationen weckende Begriff des „Corpus Juris (Secundum)"). In Südafrika ist die auf das klassische römisch-holländische Recht zurückreichende Kommentartradition trotz des Eindringens englischen Rechts und Rechtsdenkens nicht vollkommen verloren gegangen; heute gibt es Anzeichen einer (auf anderen Inspirationsquellen beruhenden) Renaissance des Kommentars. Demgegenüber besteht in Schottland keine derartige Tradition, und der Kommentar hat sich hier als akademische Literaturform bis heute nicht etabliert. Im Recht des Staates Israel, das während der Mandatszeit stark vom englischen Recht geprägt war, ist die Tradition jüdischen Rechts lebendig geblieben, die in ganz starkem Maße von Kommentaren (und „Superkommentaren") geprägt war.

Fragt man abschließend noch einmal danach, wie die ausgesprochen diverse internationale Kommentarlandschaft zu erklären ist, so gibt es eine Vielzahl von Faktoren, die eine Rolle spielen, ohne dass einer von ihnen unverzichtbar wäre. Das gilt für das Bestehen, oder die Erneuerung, einer Privatrechtskodifikation. Die auf einer mittleren Abstraktionsebene angesiedelten Kodifikationen kontinentaleuropäischen Ursprungs sind besonders gut geeignete Referenztexte für eine Kommentierung. Doch gibt es auch Kodifikationen, die diesem Typ entsprechen, gleichwohl aber das Entstehen einer nennenswerten Kommentarliteratur überhaupt nicht, oder über eine lange Zeit hinweg nicht, stimuliert haben (Frankreich, Belgien, Japan, Chile, Quebec). Zudem kann auch *common law* kommentiert werden, sofern es regelförmig niedergelegt wird, etwa in Form von *Restatements.* Der Einfluss deutschen Rechts hat in vielen Ländern die Kommentarkultur geprägt (Schweiz, Italien,

Spanien, Polen, Japan, Brasilen, transnationales Privatrecht);[456] doch gibt es Länder, die vom deutschem Recht und Rechtsdenken beeinflusst worden sind, ohne eine vergleichbare Kommentarkultur auszubilden (Portugal, Chile; in Japan etablierte sich eine Kommentarkultur nach deutschem Muster kurioserweise zu einer Zeit, als sich der Einfluss des deutschen Rechts abgeschwächt hatte). Im transnationalen Diskurs einflussreich geworden ist aber auch der Literaturtyp des *Restatements* und damit von „comments" primär exegetischen Charakters; dieser Literaturtyp entstammt dem englischen und US-amerikanischen Recht. Förderlich für das Entstehen von Kommentaren (aber ebenfalls nicht unentbehrlich) ist ein lebendiger Austausch „auf Augenhöhe" zwischen Wissenschaft und Praxis und die Wertschätzung von Rechtsdogmatik; nicht förderlich ist demgegenüber die mit dem „legal realism" verbundene Entzauberung von Recht als Gegenstand von Rechtswissenschaft.

Verlage können eine erhebliche Bedeutung für die Verbreitung einer bestimmten Kommentarkultur spielen. Das gilt etwa für C.H. Beck, der den Kommentar deutscher Prägung in Polen populär gemacht hat und der unter der Marke „Beck – Hart – Nomos" eine Vielzahl von Kommentaren zu ausländischen, europäischen und internationalen Rechtsquellen publiziert hat oder zu publizieren plant. Er leistet damit einen erheblichen Beitrag zum Export nicht von „Recht made in Germany",[457] sondern „Rechtsliteratur made in Germany". Kommentare dieses Typs werden aber inzwischen auch von dem Flaggschiff des englischen Verlagswesens, Oxford University Press, publiziert, insbesondere (aber nicht nur) im Bereich des Völkerrechts („Oxford Commentaries on International Law"). Die enorme praktische Nützlichkeit derartiger Werke wird deshalb auch im englischen Sprachraum immer deutlicher werden. Allerdings trägt die Konkurrenz von Verlagen auch zu viel beklagten Krisensymptomen im Kommentarwesen bei: zum Erscheinen viel zu vieler Kommentare mit viel zu wenig zusätzlichem Erkenntnisgewinn. Das gilt jedenfalls für Deutschland, wohl aber auch für Österreich, die Schweiz und Polen.

Unsere Zeit wird geprägt von einer zunehmenden Europäisierung und, darüber noch hinausgehend, Globalisierung des Rechts; und dem Kommentar kann in diesen Rahmen eine wichtige Aufgabe als transnationales Diskursmedium zukommen. Dafür erforderlich ist, dass die Funktion des Kommentars als Brückenbauer ernst genommen wird; als Brückenbauer in diesem Fall nicht so sehr zwischen Theorie und Praxis, sondern zwischen verschiedenen Rechtskulturen. Für das europäische Privatrecht bedeutet das zudem die Ver-

[456] Im 19. Jahrhundert war es die Kommentarkultur der französischen *École de l'exégèse,* die in den Ländern des romanischen Rechtskreises rezipiert wurde; vgl. oben VIII., S. 467, erster Absatz.

[457] Vgl. die Broschüre „Law – Made in Germany", inzwischen in dritter Auflage, 2014, die unter anderem von Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer und Deutschem Richterbund herausgegeben wird. Dazu etwa *H. Kötz,* Deutsches Recht und Common Law im Wettbewerb, Anwaltsblatt 2010, 1–7.

bindung von *acquis commun* und *acquis communautaire* als zentralen Elementen eines europäischen Rechtsraums.[458] Hierfür eignet sich natürlich die Form des systematischen Lehrbuchs („treatise“, „traité“, „trattato“), wie es in Deutschland für das Vertragsrecht *Hein Kötz* vorgelegt hat.[459] In vielen nationalen Rechtsordnungen findet sich das große systematische Lehrbuch freilich auf dem Rückzug. Möglich ist aber auch der Gebrauch der Kommentarform, weil nicht nur für den *acquis communautaire,* sondern inzwischen auch für den *acquis commun* kommentierungsfähige Texte vorliegen – die freilich erst einmal ihrerseits einer vergleichenden Prüfung zu unterziehen und dann vor dem Hintergrund der Erfahrungen der nationalen Rechtsordnungen Europas zu evaluieren sind.[460] In gewisser Weise lässt sich sagen, dass damit die Ideen von Kommentar (in der vollen Bedeutung des Wortes)[461] und *Restatement* miteinander verbunden werden.

---

[458] Vgl. oben Fn. 383.

[459] *H. Kötz,* Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015; englische Ausgabe unter dem Titel European Contract Law, 2. Aufl., 2017. Für das Deliktsrecht vgl. *C. v. Bar,* Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, 1996; Bd. 2, 1999; englische Übersetzung unter dem Titel The Common European Law of Torts, Bd. 1, 1998; Bd. 2, 2000; *C. van Dam,* European Tort Law, 2. Aufl., 2013. Zum Sachenrecht *C. v. Bar,* Gemeineuropäisches Sachenrecht, Bd. 1, 2015; Bd. 2, 2019.

[460] Vgl. oben S. 512.

[461] Oben Text zu Fn. 23, S. 446.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Jean-Sébastien Borghetti
Dr., Professor für Privatrecht, Universität Panthéon-Assas (Paris II).

Wojciech Dajczak
Dr., Professor für Römisches Recht und Geschichte der Jurisprudenz, Adam-Mickiewicz-Universität in Poznań (Posen).

Helge Dedek
Dr., LL.M. (Harvard), Associate Professor, McGill University, Faculty of Law, und Professeur associé, Universität Lausanne.

Christian Djeffal
Dr., Assistenzprofessor für Recht, Wissenschaft und Technologie, Munich Center for Technology in Society und TUM School of Governance der Technischen Universität München.

Talia Einhorn
Dr., Professor of Law, Ariel University, und Visiting Senior Research Fellow, Tel Aviv University, Faculty of Management.

Stefan Enchelmaier
Dr., LL.M. (Edinbourg), M.A. (Oxon.), Professor of European and Comparative Law, University of Oxford, und Fellow am Lincoln College, Oxford.

J.E. (Jelle) Jansen
Dr., Professor für Ius commune an der Universität Groningen.

Nils Jansen
Dr., Professor für Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Europäisches Privatrecht und Sprecher des Exzellenzclusters „Religion und Politik“, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

David Kästle-Lamparter
Dr., M.Jur. (Oxon.), M.A., Akademischer Rat, Institut für Rechtsgeschichte, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

Jens Kleinschmidt
Dr., LL.M. (Univ. California, Berkeley), Professor für Zivilrecht, insbesondere Internationales Privat- und Verfahrensrecht, sowie Rechtsvergleichung, Universität Trier.

Ralf Michaels
Dr., LL.M. (Cambridge), Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Professor für Global Law, Queen Mary University London, und Professor für Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg.

Fumihiro Nagano
Dr., Associate Professor an der Universität Kyoto.

Francesco Paolo Patti
Dr., LL.M. (Münster), Professore Associato, Università Bocconi, Dipartimento di Studi Giuridici.

Alistair Price
Dr., BCL (Oxon.), Associate Professor, University of Cape Town, Department of Private Law.

Mathias Reimann,
Dr., LL.M. (Michigan), Hessel E. Yntema Professor of Law, University of Michigan.

Bruno Rodríguez-Rosado
Dr., Professor für Zivilrecht an der Universität von Málaga.

Andrey M. Shirvindt
Dr., LL.M. (Manchester), Dozent an der Moskauer Staatlichen Lomonossow-Universität und Dekan der Russischen Schule für Privatrecht am Sergei-Alexejew-Forschungszentrum für Privatrecht beim Präsidenten der Russischen Föderation.

Jakob Fortunat Stagl
Dr., Professor für Zivilrecht, Römisches Recht und Einführung in die Rechtswissenschaft, Universidad de Chile (Santiago de Chile), und Gastprofessor an der Universität Warschau.

Reinhard Zimmermann
Dr. Dr. h.c. mult., Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, und Affiliate Professor an der Bucerius Law School, Hamburg.